Der

Begriff der Oeffentlichkeit

im

Reichsstrafgesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur

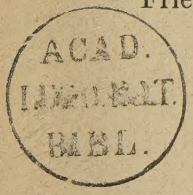
Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen



vorgelegt von

Albert Holl,
Rechtspraktikant am k. Bezirksamte Sonthofen.

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Juni 1910.

Erlangen 1910.
Druck der Universitätsbuchdruckerei von E. Th. Jacob.

Referent: Herr Prof. Dr. Allfeld.
Dekan: Herr Prof. Dr. Sehling.

Meiner lieben Mutter

in Dankbarkeit

gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I Buch.

Der Begriff der Oeffentlichkeit im Allgemeinen.

§ 2. Allgemeines 3

II. Buch.

Der Begriff der Oeffentlichkeit im Besonderen.

1. Teil.

Die Oeffentlichkeit in Beziehung auf eine ungeordnete Vielheit von Personen.

1. Abschnitt.

Die Oeffentlichkeit als unbeschränkte Beteiligungsmöglichkeit.

§ 3. Die öffentliche Zusammenrottung 8
§ 4. Die öffentlichen Lotterien und öffentlich veranstalteten Ausspielungen 15

2. Abschnitt.

Die Oeffentlichkeit als unbeschränkte Wahrnehmungsmöglichkeit.

§ 5. I. Die öffentliche Aufforderung vor einer Menschenmenge 20
II. Die öffentliche Anreizung 28
§ 6. I. Oeffentlicher Anschlag und öffentliche Ausstellung von Schriften oder anderen Darstellungen 29
II. Die Verbreitung von Schriften oder anderen Darstellungen 31
III. Oeffentlich angeschlagene Bekanntmachungen, Verordnungen, Befehle oder Anzeigen öffentlich-rechtlicher Organe 36
IV. Oeffentlich ausgelegte und öffentlich angebotene Exemplare von Schriften, Abbildungen oder Darstellungen 38
§ 7. I. Die öffentliche Ankündigung und die öffentliche Mitteilung 40
II. Die öffentliche Bekanntmachung und die Veröffentlichung von Festungsrissen 43
III. Die öffentlichen Blätter 44
§ 8. Die öffentliche Behauptung 45
§ 9. I. Die öffentliche Lästerung und öffentliche Beschimpfung 52
II Die öffentliche Quälerei und öffentliche Misshandlung von Tieren 56
III. Oeffentliches Aergernisgeben 57

Seite

3. Abschnitt.

Die Oeffentlichkeit begründet in dem faktischen Verhältnis des menschlichen Zusammenlebens.

§ 10. I. Die öffentliche Ordnung 59
II. Der öffentliche Anstand 63
III. Das öffentliche Wohl 64
§ 11. I. Der öffentliche Friede 64
II. Die öffentliche Meinung 70
§ 12. I. Öffentlicher Zweck 71
II. Oeffentlicher Nutzen 76

4. Abschnitt.

Die Oeffentlichkeit begründet durch die allgemein mögliche Zugänglichkeit, insbesondere eines Ortes.

§ 13. I. Oeffentlicher Pfandleiher 81
II. Oeffentlicher Verkauf und öffentlicher Verbrauch . 83
§ 14. I. Oeffentlicher Versammlungsort 85
II. Oeffentlicher Vergnügungsort 88
§ 15. Oeffentliche Strassen und Wasserstrassen sowie öffentliche Wege, Plätze und Anlagen 91
§ 16. Oeffentliche Denkmäler, öffentliche Sammlungen und öffentliche Ausstellung 97

II. Teil.

Die Oeffentlichkeit in Beziehung auf den Staat oder eine andere politische Korporation.

§ 17. Oeffentliches Amt 103
§ 18. Oeffentliche Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen . 112
§ 19. I. Oeffentliche Angelegenheiten 116
II. Oeffentliche Wahlen 120
§ 20. I. Oeffentlicher Dienst 123
II. Oeffentliche Arbeiten 125
§ 21. I. Oeffentliche Kassen 126
II. Oeffentliche Gelder 129
§ 22. I. Oeffentliche Anstalten 130
II. Oeffentliche Armenmittel 134
§ 23. Oeffentliche Zeichen der Autorität und öffentliche Hoheitszeichen 136
§ 24. Oeffentliche Urkunde 142
§ 25. I. Oeffentliche Bücher und Register 155
II. Oeffentliche Papiere, Beglaubigungen und Bescheinigungen 155
§ 26. Anhang 161
§ 27. Schluss 162

Literatur.

Annalen des Reichsgerichts.

Binding: Normen = Die Normen und ihre Uebertretung.

Binding: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts 1905.

Dambach: Telegraphenstrafrecht = Das Telegraphen-Strafrecht nach der deutschen Gesetzgebung 2. Aufl. 1897.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich.

Gaupp-Stein: Die Zivilprozessordnung für das deutsche Reich 1906.

Geyer: Grundriss zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht 1884/85.

Goltdammers Archiv für Strafrecht.

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht.

Heilfron: Deutsche Rechtsgeschichte 1905.

v. Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.

Klöppel: Das Reichspressrecht 1894.

v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts 14. u. 15. Aufl.

v. Liszt: Pressrecht = Das deutsche Reichspressrecht 1880.

Lutz: Der Begriff der Oeffentlichkeit im Reichsstrafgesetzbuche und in den strafrechtlichen Nebengesetzen des deutschen Reichs. Dissertation 1901.

Meyer-Allfeld = Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts herausgegeben von Allfeld 1907.

Meyer: Konversationslexikon 5. Aufl.

Motive: Aktenstücke zum Entwurfe eines Strafgesetzbuchs.

Oberstes Landesgericht f. Bayern: Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern in Gegenständen des Strafrechts und des Strafprozesses.

Olshausen: Kommentar z. Strafgesetzbuch für das deutsche Reich 7. Auflage 1905.

Oppenhoff: Kommentar zum Strafgesetzbuch.

Oppenhoff: Rechtssprechung des Obertribunals in Strafsachen.
R.G.E. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
R.G.R. = Rechtssprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen.
Rubo: Kommentar über das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich.
Rüdorff: Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, herausgegeben von Stengleiu 4. Aufl. 1892
v. Schicker: Das Polizeistrafrecht für das Königreich Württemberg.
v. Schwarze: Gerichtszeitung für das Königreich Sachsen
v. Schwarze: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich 5. Aufl. 1884.
v. Seuffert: Blätter für Rechtsanwendung.
v. Seuffert: Kommentar zur Zivilprozessordnung 1903.
Stenglein: Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft.

§ 1.

Einleitung.

Jedes Verbrechen, sich darstellend als schuldhafter rechtswidriger Angriff auf durch die Rechtsordnung geschützte Interessen, kann nur unter Anwendung gewisser Mittel zu dem von dem Täter infolge Mangels sozialer Gesinnung beabsichtigten Erfolge führen. Wie jeder körperliche Vorgang, so ist auch das Verbrechen durch bestimmte, bald in dieser, bald in jener Gestalt auftretende Mittel bedingt. Als in der Aussenwelt aber in Erscheinung tretender Vorgang ist das Verbrechen an Zeit und Ort gebunden.

Mittel, Zeit und Ort also bilden die näheren Umstände, unter welchen jedes Verbrechen verübt wird. Der Regel nach scheidet der Gesetzgeber die Verbrechen nicht nach den Mitteln, oder der Zeit, oder dem Orte ihrer Begehung, es ist ihm gleichgültig mit welchen Mitteln, zu welcher Zeit und an welchem Orte, ob mit Messer oder Stock, ob bei Tage oder bei Nacht, ob im Hause oder auf der Strasse die von der Rechtsordnung verpönte Handlung vorgenommen, der die des Rechtsschutzes teilhaftigen Interessen verletzende Erfolg herbeigeführt wird.

Diese eben bezeichnete Indifferenz des Gesetzgebers bildet die Regel. Wie aber keine Regel ohne

Ausnahme, so auch hier. Sogar als geradezu zahlreich sind jene Ausnahmen zu bezeichnen, wo nach dem Willen des Gesetzes zur strafrechtlichen Bedeutung eines Unrechts, dessen Begehung unter Anwendung von besonderen Mitteln, zu besonderen Zeiten oder an besonderem Orte gefordert wird. So bedarf es zu einer Tat, die sich als Nötigung qualifizieren soll, der Mittel der Gewalt, oder der Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen, zum Vergehen des Zweikampfes der Anwendung tödlicher Waffen, während in § 243 Ziffer 7 R. St. G. B. die Begehung der Handlung zur Nachtzeit, in § 166 R. St. G. B. zum Teil die Ausübung des Verbrechensentschlusses an einem zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte als Voraussetzung der Strafbarkeit der Handlung in Betracht kommt.

Während manche Tatbestandsmerkmale nur einem einzigen, andere nur einigen wenigen Verbrechen eigen sind, kehren gewisse Begehungsmodalitäten in solcher Häufigkeit wieder, dass sie eben dieser Häufigkeit wegen als die für das Reichsstrafgesetzbuch bedeutsamsten bezeichnet werden können.

Zu diesen letzteren gehört die Oeffentlichkeit. Da über die Bestimmung dieses Begriffes die lebhaftesten Meinungsverschiedenheiten bestehen, so soll der Begriff der Oeffentlichkeit im Reichsstrafgesetzbuch im Folgenden seine Erörterung finden.

I. Buch.

Der Begriff der Oeffentlichkeit im Allgemeinen.

§ 2.

Allgemeines.

Die dem Begriffe »öffentlich« innewohnende Bedeutung ist schon im alltäglichen Leben eine verschiedene. Noch verschiedener, mannigfacher ist sie im Rechtsleben. Der Oeffentlichkeitsbegriff ist ein derart vielsagender, dehnbarer in zahlreichen Bedeutungen auftretender Begriff, dass es selbst dem Gesetzgeber eine zu schwierige, wenn nicht nutzlose Arbeit erschien, eine Definition dieses Begriffes zu geben. Wohl mag der Mangel einer Legaldefinition bezüglich mancher Begriffe eine Lücke des Gesetzes bedeuten, allein eine strikte authentische Auslegung des Begriffes »öffentlich« wäre ohne Zweifel verfehlt gewesen, so dass umgekehrt hier das Bestehen einer Legaldefinition einem Mangel des Gesetzes gleichgekommen wäre. Denn ein Begriff, wie der in Frage stehende verträgt eine Einengung durch gesetzliche Festlegung nicht.

Auf diesem Standpunkte stand bereits das bayerische Strafgesetzbuch vom 16. Mai 1813, das von Feuerbach verfasst die Strafgesetzgebungen sämtlicher deutschen Staaten zu jener Zeit weit übertraf und das für die Zukunft vorbildlich wurde. In richtiger Würdigung des Begriffes »öffentlich« hatte man es damals unterlassen, denselben gesetzlich festzulegen. Einen

abweichenden Standpunkt hat das preussische Strafgesetzbuch vom Jahre 1851 eingenommen, indem es daran festhielt, dem Richter durch Festlegung jenes Begriffes an die Hand zu gehen. Dem Beispiele des preussischen Strafgesetzbuches folgte das »Revidierte sächsische Strafgesetzbuch vom Jahre 1855.« In Artikel 125 a. a. O. ist die Oeffentlichkeit einer Mitteilung in der Art umschrieben, dass dieselbe dann als vorliegend anzusehen sei, wenn sich die Mitteilung nicht an eine einzelne durch geschäftliche, häusliche oder freundschaftliche Verhältnisse verbundene Person richtet und sich nicht mit Hinsicht auf diese Verhältnisse, sowie auf Ort, Zeit und Art und Weise ihres Geschehens als eine vertrauliche und private darstellt.

Der Entwurf zu einem Strafgesetzbuche für den norddeutschen Bund und ebenso das Bundes- resp. Reichsstrafgesetzbuch schliessen sich dem bayerischen Strafgesetzbuche von 1813 an. Sie überlassen es der Beurteilung des Richters von Fall zu Fall nach Art des Verbrechens oder der dasselbe begleitenden Umstände festzustellen, ob die Oeffentlichkeit als vorhanden anzunehmen ist. Wohl rückt bei derartiger Behandlung von Rechtsbegriffen die Besorgnis in den Vordergrund, die Auslegungsbefugnis des Richters möchte in manchen Fällen zu missbräuchlicher Ausdehnung des Begriffes führen. Der Gesetzgeber hat auch diese Gefahr nicht verkannt und ihr in der Weise vorzubeugen gesucht, dass er mit Rücksicht auf den Charakter jedes einzelnen Delikts den Tatbestand anderweitig begrenzte, wie er es z. B. in § 85 R. Str. G. B. durch den Zusatz »vor einer Menschenmenge« getan hat.

Einen Anhaltspunkt, der, wenn er auch nicht Authentizität für sich in Anspruch nehmen kann, doch allgemein als zutreffend angesehen wird, geben uns für die Interpretation des Oeffentlichkeitsbegriffes die Motive zum Strafgesetzbuche für den norddeutschen Bund. Sie bezeichnen insbesondere den Sprachgebrauch als für die Auslegung des in Frage stehenden Begriffes massgebend und erachten demgemäss eine Handlung nur dann als öffentlich geschehen, wenn sie in einer Art und Weise vorgenommen wurde, dass sie unbestimmt von welchen und wie vielen Personen wahrgenommen werden konnte. Dass aber diese Wahrnehmungsmöglichkeit seitens unbestimmt welcher und wie vieler Personen nicht mit absoluter Notwendigkeit die Oeffentlichkeit der Handlung nach sich zieht, wird im Folgenden noch dargetan werden. Zu gänzlich irreführenden und widernatürlichen Ergebnissen aber müsste die Anwendung des durch die Motive als dem Sprachgebrauche entsprechenden Leitsatzes führen, wenn es sich nicht mehr um die Oeffentlichkeit einer Handlung, sondern um die Oeffentlichkeit einer Person oder eines Gegenstandes handelt.

Wenngleich die Bedeutung des Sprachgebrauches für die Interpretation von Rechtsbegriffen nicht in Abrede gestellt werden soll, so kann ihm doch auch ein allgemein entscheidender Einfluss hierauf nicht beigelegt werden. Vielmehr ist neben ihm vor allem die Fassung der einzelnen Gesetzesbestimmung, sowie ihre Stellung im Systeme zu berücksichtigen. Und auch die Entstehungsgeschichte mancher Paragraphen bietet eine wertvolle Stütze für die Auslegung des Oeffentlichkeitsbegriffes an den einzelnen Stellen des Reichsstrafgesetzbuches.

Was nun die Grundbedeutungen des Begriffes »Oeffentlich« betrifft, so hat das Reichsgericht [1]) eine dreifache Form der Oeffentlichkeit angenommen:

1. Die Oeffentlichkeit in ihrer Beziehung zum Staate oder zu einem öffentlich-rechtlichen Verbande.
2. Die Oeffentlichkeit begründet durch das faktische Verhältnis des menschlichen Zusammenlebens, mithin in ihrer Beziehung auf eine unbestimmte nicht öffentlich-rechtlich organisierte Personenvielheit.
3. Die Oeffentlichkeit einer Handlung in der Beziehung auf eine Mehrzahl unbestimmter Personen.

An Stelle dieser Dreiteilung soll im Folgenden eine Zweiteilung treten derart, dass die Begründung der Oeffentlichkeit einerseits als durch eine Beziehung auf die ungeordnete, unbestimmte Vielheit der Rechtsgenossen bedingt erscheint, andererseits abhängig ist von einer Beziehung auf den Staat oder eine andere politische Korporation.

Die Oeffentlichkeit in Beziehung auf eine ungeordnete Vielheit von Personen zerfällt sodann in vier weitere Abschnitte:

1. Die Oeffentlichkeit als unbeschränkte Beteiligungsmöglichkeit,
2. die Oeffentlichkeit als unbeschränkte Wahrnehmungsmöglichkeit,
3. die Oeffentlichkeit begründet in dem faktischen Verhältnis des menschlichen Zusammenlebens,
4. die Oeffentlichkeit begründet durch die allgemein mögliche Zugänglichkeit, insbesondere eines Ortes

[1]) R. G. E. Bd. I S. 357.

An diese einzelnen Abschnitte reiht sich sodann die Behandlung der jeweils einschlägigen Gesetzesstellen. Die Oeffentlichkeit in ihrer Beziehung auf den Staat lässt eine Trennung in einzelne Abteilungen nicht zu, weshalb die in Frage stehenden Gesetzesbestimmungen hier unmittelbar unterzuordnen sind.

II. Buch.

Der Begriff der Oeffentlichkeit im Besonderen.

I. Teil.

Die Oeffentlichkeit in Beziehung auf eine ungeordnete Vielheit von Personen.

I. Abschnitt.

Die Oeffentlichkeit als unbeschränkte Beteiligungsmöglichkeit.

§ 3.

Die öffentliche Zusammenrottung.

§§ 115, 124, 125 R. Str. G. B.

Nachdem der Gesetzgeber in den §§ 113, 114 R. Str. G. B. den Widerstand gegen die Staatsgewalt sowie das Unternehmeu der Nötigung von Behörden oder Beamten zur Vornahme oder Unterlassung von Amtshandlungen als kriminelles Unrecht unter Strafe gestellt hat, hebt er in § 115 R.Str.G.B. eine besondere Begehungsart dieser beiden Delikte hervor.

Die Besonderheit besteht darin, dass der Tatbestand des § 115 niemals von einer einzelnen Person verwirklicht werden kann, vielmehr stets eine Mehrheit von Tätern voraussetzt, welche sich in einer Weise zusammenrottete, dass der Kreis der teilnehmenden Personen beliebiger Vergrösserung fähig ist. Der Unterschied zwischen der Norm des § 115 und den Bestimmungen der §§ 113 und 114 besteht nicht etwa in der Zahl der Subjekte, welche die strafbare Handlung vollbringen, da die letztgenannten Paragraphen nicht ausschliessen, dass mehrere Personen in gemeinschaftlicher Tätigkeit handeln, er besteht auch

nicht darin, dass diese eventuelle Tätermehrheit aus bestimmten Personen gebildet wird, sondern der Unterschied ist darin zu finden, dass bei der unter § 115 subsumierten Handlung sich der Täterkreis ins Unendliche erweitern kann, ohne dass es in der Hand der anfänglich vielleicht nur in geringer, genau bestimmter Zahl vorhandenen Teilnehmer läge, diese Möglichkeit unbegrenzter Ausdehnung zu beschränken. Dass durch eben diese Möglichkeit der Handlung ein ganz besonders gefahrdrohender Charakter verliehen wird, bedarf keiner weiteren Erörterung.

Im gleichen Verhältnisse wie § 115 zu § 113 und § 114 stehen die §§ 124 und 125 zu § 123 R. Str. G. B.

Unter einer Zusammenrottung nun ist das räumliche Zusammenhalten und Zusammenwirken einer Mehrzahl von Personen zu einem alsbaldigen in seiner Rechtswidrigkeit erkennbaren, bedrohlichen, bezw. gewalttätigen Handeln zu verstehen [1]) oder, wie v. Liszt sich ausdrückt »eine durch gemeinsame rechtswidrige Absicht zusammengehaltene nach aussen als geschlossene Gruppe hervortretende räumliche Vereinigung mehrerer Menschen«.[2])

Ueber die Frage, wie gross eine solche Gruppe von Personen sein muss, um von einer Zusammenrottung sprechen zu können, schweigt das Gesetz und überlässt sie im Gegensatze zum gemeinen Rechte, welches in der Bestimmung der Zehnzahl eine feste Grenze zog [3]), der wissenschaftlichen Auslegung. Diese hat jedoch bisher zu keinem einheitlichen Resultate geführt, indem für den Begriff der Zusammen-

---

[1]) Olshausen: Kommentar z. Str.-G.-B. § 115.

[2]) v. Liszt: Lehrb. d. d. Strafrechts (14. u. 15. Aufl.) S. 404.

[3]) lex 4 § 3 der Digesten 47, 8.

rottung bald eine Zahl von zwei Personen als ausreichend bezeichnet, bald eine grössere Anzahl von Personen ohne feste Grenze zur Voraussetzung erhoben wird.

Zuzugeben ist, dass der Sprachgebrauch für die letztgenannte Auffassung spricht. Im alltäglichen Leben verbindet sich mit dem Begriffe »Zusammenrotten« ohne Zweifel der Gedanke an eine grössere Personenzahl, an eine, wenn auch in ihrer Zahl leicht übersehbare Vielheit von Individuen. Wenngleich die Bedeutung des Sprachgebrauchs für die Auslegung der Begriffe nicht zu unterschätzen ist, so muss gleichwohl ein Festhalten an demselben im gegebenen Falle als zu rechtsirrtümlicher Auslegung des Begriffes »Zusammenrotten« führend, verworfen werden. Die Ausdrucksweise des Gesetzes selbst spricht gegen die engere Auffassung jenes Begriffes. Denn überall wo das Gesetz eine grössere Anzahl von Personen im Auge hat, spricht es dies ausdrücklich aus, wie z. B. in den §§ 124 und 125 R. Str. G. B., indem es sich des Ausdrucks »Menge« bedient. [1]) Durch den Ausdruck »Zusammenrotten« will der Gesetzgeber weniger die Mehrheit der Subjekte als vor allem die in rechtswidriger Absicht erfolgende Vereinigung mehrerer Personen hervorheben. Eine Vereinigung mehrerer Personen kann aber schon durch das Zusammengehen zweier Personen gebildet werden. Man wird mithin zu dem Ergebnisse gelangen müssen, dass dem Begriffe »Zusammenrotten« nicht eine grössere Personenmehrheit wesentlich ist, [2]) dass vielmehr nur

[1]) R. G. E. Bd. XIII. S. 17.

[2]) Hälschner: Gem. deutsch. Strafrecht Bd. II S. 826 u. Meyer-Allfeld: Lehrb. d. deutsch. Strafrechts.

eine einfache Mehrzahl erforderlich und genügend ist für die Annahme jenes Begriffes. Zu dem gleichen Resultate gelangt, wenn auch auf anderem Wege, Olshausen.[1])

Nach Feststellung des Begriffes »Zusammenrotten« fragt es sich, wann einer Zusammenrottung der vom Gesetz geforderte Charakter der Oeffentlichkeit zukommt. Nicht als öffentlich ist eine Zusammenrottung um deswillen zu erachten, weil sie gerade an einem öffentlichen Orte stattfindet; also nicht mit Rücksicht auf die Oeffentlichkeit des Ortes, an dem sie sich vollzieht, ebensowenig aber auch mit Rücksicht auf ihre Wahrnehmbarkeit seitens beliebig vieler Personen ist die Oeffentlichkeit anzunehmen, sondern dem Zwecke der Gesetzesbestimmung nach zu schliessen, welcher darin besteht, den Amtshandlungen von Beamten und Behörden gegen den Widerstand oder die Nötigung einer unbestimmten, jederzeit vermehrbaren, ausdehnungsfähigen Personenzahl Schutz zu gewähren, wird einer Zusammenrottung nur dadurch der Stempel der Oeffentlichkeit aufgedrückt, dass unbestimmt vielen und unbestimmt welchen Personen, die Möglichkeit erschlossen ist, sich an der Zusammenrottung zu beteiligen und so die den Organen der Staatsgewalt drohende Gefahr zu vergrössern, zu erweitern zu einem Umfange, dem gegenüber die Staatsgewalt nicht mehr Stand zu halten vermöchte.

Ob diese Möglichkeit unbeschränkter Beteiligung gegeben ist, kann im allgemeinen nur von Fall zu Fall, nach Massgabe der konkreten Umstände ent-

---

[1]) Olshausen: Kommentar zu § 115, cf. auch Oppenhof und Rubo zu § 115.

schieden werden. Besteht die Möglichkeit der Beteiligung nur für einen individuell bestimmten und umgrenzten Kreis von Personen, so kann das Tatbestandsmerkmal der Oeffentlichkeit als vorliegend nicht erachtet werden.

Wenn von Rubo [1]) die Ansicht vertreten wird, dass sich die Oeffentlichkeit der Zusammenrottung auf die Oeffentlichkeit des Begehungsortes gründe und mit dieser stehe und falle, so widerspricht einer derartigen Auffassung schon allein der Umstand, dass sie in unserer Strafgesetzgebung eine bedenkliche Lücke entstehen liesse, indem hiedurch der Widerstand einer unbegrenzten und unbegrenzbaren Anzahl von Personen gegen den in der Amtsausübung tätigen Beamten, sobald er sich an einem nicht öffentlichen Orte abspielt, auf die gleiche Stufe herabgedrückt würde, wie der Widerstand nur einer einzigen Person, dem sich anzuschliessen, anderen Personen verwehrt ist. Ohne Zweifel birgt eine solche Zusammenrottung, an welche der Anschluss unbestimmt vieler und welcher Personen ermöglicht ist, auch wenn sie an nicht öffentlichem Orte erfolgt, die gleiche Gefahr in sich, wie eine derartige Zusammenrottung an öffentlichem Orte. Und doch sollte sie der milderen Bestrafung nach § 113 § 114 unterliegen! Sicherlich ein unbefriedigendes Ergebnis, welches dem Zwecke der Strafbestimmung des § 115 widerstreitet und dem rechtlichen Empfinden widerstrebt. Warum aber dem Gesetzgeber Unzulänglichkeit seines Schaffens und Kränkung unseres Rechtsempfindens vorwerfen, wenn nicht zwingende Gründe es erheischen?

---

[1]) Rubo: Kommentar z. Str. G. B. § 115.

Nicht soll in Abrede gestellt werden, dass die Zusammenrottung sich in der Regel an öffentlichen Orten vollziehen wird, — es ergibt sich dies aus der Natur des Vorgangs — indem eben da die günstigste Gelegenheit geboten ist, sich anzusammeln, indem hier allgemeiner Beteiligung der Boden geebnet ist. Aber Voraussetzung für die Oeffentlichkeit der Zusammenrottung ist die Oeffentlichkeit des Ortes, an dem sie sich abspielt, nicht. Vielmehr kann die öffentliche Zusammenrottung ebensogut an Orten stattfinden, welche an und für sich dem Verkehre des Publikums nicht freigegeben sind. Beispielshalber sei nur der Fall erwähnt, dass sich mehrere Personen unbefugt auf ein an einer Verkehrsstrasse gelegenes Baugrundstück zur Besichtigung desselben begeben und nun von einem Schutzmann des Ortes verwiesen, diesem tätlichen Widerstand entgegensetzen. Zweifellos ist der Ort, an welchem sich hier die strafbare Handlung vollzieht, kein öffentlicher, indem der Zutritt zu dem fraglichen Grundstücke dem Publikum vielleicht sogar durch eine Warnungstafel als verboten ausdrücklich zur Kenntnis gebracht wird. Gleichwohl besteht aber hier die Möglichkeit für die Allgemeinheit, sich jederzeit zusammenzurotten und an dem Widerstande gegen das Organ der Staatsgewalt sich zu beteiligen.

Nicht die Oeffentlichkeit des Ortes ist es also, die die Zusammenrottung zu einer öffentlichen stempelt, sondern die Möglichkeit unbeschränkter Teilnahme an der Zusammenrottung prägt dieser das Merkmal der Oeffentlichkeit auf. Daraus erhellt, dass die Zahl der tatsächlich beteiligten Personen gleichgültig ist. Auch das Zusammenwirken nur zweier Personen —

die Notwendigkeit einer Mehrzahl von mindestens zwei Personen ergibt sich aus dem Begriffe »zusammenrotten« — kann sich als öffentliche Zusammenrottung darstellen, während umgekehrt selbst bei Beteiligung einer erheblichen Personenmehrheit die Oeffentlichkeit mangeln kann.

Das entscheidende Moment liegt eben darin, dass das Zusammenrotten unter Umständen erfolgt, welche den Anschluss einer unbestimmten Anzahl von Personen ermöglichen, welche dem Publikum die Möglichkeit an die Hand geben, sich in beliebiger Zahl zu beteiligen. Hat sich nur eine individuell begrenzte Mehrheit von Personen ausdrücklich zum Widerstande gegen Amtshandlungen von Behörden oder Beamten veradredet und diese Verabredung derart in die Tat umgesetzt, dass eine Beteiligung Unberufener ausgeschlossen ist, so ist der Tatbestand des § 115 R. Str. G. B. nicht erfüllt, wenngleich sich der Vorgang am öffentlichen Orte abgespielt hat; denn das Merkmal der Oeffentlichkeit der Zusammenrottung ist nicht gegeben.

Während § 115 R.Str.G.B. von »öffentlicher Zusammenrottung« schlechthin spricht, gebraucht der Gesetzgeber in den §§ 124, 125 den Ausdruck »wenn sich eine Menschenmenge öffentlich zusammenrottet«. Infolge der Beifügung des Wortes »Menschenmenge« ist hier der Tatbestand insofern etwas anders gelagert, als hierdurch der Kreis der Tätermehrheit erweitert wird. Während die Zusammenrottung begrifflich nicht mehr als zwei Personen erfordert, erfordert der Tatbestand der bezeichneten beiden Gesetzesbestimmungen einen grösseren Kreis von Personen, was der Gesetz-

geber mit dem Worte »Menschenmenge« zum Ausdruck gebracht hat.

Bezüglich der Begriffe »zusammenrotten« und »öffentlich« gilt hier das Gleiche wie für § 115. Daher sind z. B. die Voraussetzungen der Oeffentlichkeit nicht erfüllt, wenn die Arbeiter eines Gutes zusammentreten, auf den Gutshof dringen und hier unter Androhung und Verübung von Gewalttätigkeiten von ihrem Arbeitgeber den vermeintlich verdienten Lohn fordern [1]). Denn einerseits sind hier die Täter nach Zahl und Individualität bestimmt und begrenzt, sowohl durch das Dienstverhältnis zum Gutsherrn, als auch durch die ausdrückliche Verabredung der Arbeiter unter einander, andrerseits erscheinen die Umstände nicht derart gelagert, dass sie geeignet wären, den Anschluss beliebiger anderer, nicht zu dem Kreise der angestellten Arbeiter des Gutsherrn gehörigen Personen zuzulassen oder herbeizuführen.

§ 4.

Oeffentliche Lotterien und öffentlich veranstaltete Ausspielungen.

§ 286 R. Str. G. B.

Die Ausspielung kennzeichnet sich als zweiseitiger Vertrag, bei welchem der eine der beiden Teile, der Veranstalter der Ausspielung, sich unter bestimmten, dem Zufall anheimgegebenen Bedingungen zur Uebergabe eines Gewinnes, bestehend in beweglichen oder unbeweglichen Sachen, an den andern Teil, dieser aber sich unbedingt zur Zahlung eines bestimmten Geldbetrages, des Einsatzes, verpflichtet. Während

[1]) Goltdammers Archiv f. Strafrecht Bd. XLI, S. 42.

also die Leistung des Veranstalters eine bedingte ist, ist die seines Gegenkontrahenten eine unbedingte.

Die Lotterie unterscheidet sich von der Ausspielung nur dadurch, dass bei ihr der Gewinn stets in einer Geldsumme, niemals in andern Sachen besteht. Daraus erhellt, dass Ausspielung gegenüber Lotterie der weitere Begriff ist.

Die Bedeutung des Begriffes »öffentlich« ergibt auch hier wiederum aufs deutlichste der Zweck der in § 286 enthaltenen Strafsatzung. Ihr legislatorischer Grund kann nur darin gefunden werden, dass durch die Veranstaltung von Lotterien und Ausspielungen die Spiellust des Einzelnen angeregt und die so wachgerufene Begierde alsdann ausgebeutet wird zum Nachteile des Einzelnen selbst und zum Schaden der Gesamtheit, des Staates. Allein der dem Lotterie- und Ausspielungsverbot zugrunde liegende Gedanke zielt nicht so sehr auf den Schutz des Einzelindividuums ab, als vielmehr auf den Schutz und die Erhaltung des wirtschaftlichen Wohlergehens des Staates. Dieses kommt aber nicht in Frage, solange sich die Lotterie oder Ausspielung in solchen Grenzen hält, dass es nur einen bestimmten, genau umgrenzten Personenkreise ermöglicht ist, sich daran zu beteiligen, sondern es wird erst dann in Mitleidenschaft gezogen, wenn es der im Staate verkörperten Allgemeinheit ermöglicht ist, am Spiele sich zu beteiligen und damit die wirtschaftliche Existenz des Staates zu erschüttern und zu schädigen.

Diese allgemein mögliche Beteiligung an der Lotterie oder Ausspielung ist es, was der Gesetzgeber mit dem Worte »öffentlich« zum Ausdruck bringen wollte.

Dementsprechend sind die mehrfach genannten Glücksspiele dann als öffentlich zu erachten, wenn die Möglichkeit der Teilnahme an ihnen sich nicht auf einen bestimmten, durch eine Individualbeziehung des Berufs, der persönlichen Bekanntschaft, gemeinsamer Interessenverbindung, oder durch ähnliche Beziehungen fest abgeschlossenen Kreis beschränkt, vielmehr unbestimmt vielen und unbestimmt welchen Personen frei gegeben ist [1]). Die Oeffentlichkeit jener Glücksspiele mangelt mithin, sobald die Teilnahme daran nur einer durch persönliche Beziehungen zusammengehaltenen Personenmehrheit möglich ist. Die oben hervorgehobenen Beziehungen, welchen diese verknüpfende, einigende Wirkung innewohnt, sollen keine erschöpfende Aufzählung darstellen. Es liesse sich noc eineh Reihe solcher Beziehungen finden, denen jene Kraft der Einigung innewohnen kann; ob sie auch tatsächlich diese Wirkung ausüben, ist Frage des Einzelfalles und hängt in vielen Fällen von äusseren Umständen ab.

In Konsequenz jener Grundsätze ist eine Lotterie oder Ausspielung, die im Kreise einer Studentenverbindung oder eines Offizierkorps stattfindet, als eine rein private zu erachten, selbst wenn hiezu Einladungen an einzelne aussenstehende Personen ergangen sind. Denn hier liegt ein individuell bestimmter und umgrenzter Personenkreis vor, vereinigt und zusammengehalten durch die Beziehungen gleichen Standes und geselligen Verkehrs.

Auch bezüglich der Arbeiterschaft einer Fabrik wird man im allgemeinen zum gleichen Ergebnisse

---

[1]) R. G. E. Bd. I. S. 358.

gelangen. Gleichwohl bedarf es in concreto stets einer genauen Prüfung und Feststellung schon um deswillen, weil der Schluss, dass bereits der Umstand, dass jene Personen in derselben Fabrik beschäftigt sind, den durch sie gebildeten Personenkreis als einen geschlossenen, eng verbundenen erscheinen lasse, in keiner Weise zwingend und rechtlich nicht begründet ist. Denn aus der gleichzeitigen Arbeit in demselben grösseren Fabrikbetriebe folgt weder die Gemeinsamkeit des Berufes, da eine grosse Fabrik Arbeiter der verschiedenen Berufe beschäftigen kann, noch auch die Gemeinsamkeit der Interessen, da auch diese unter verschiedenen Arbeitergruppen auseinander gehen können.[1]) Daher wird eine Lotterie oder Ausspielung unter Arbeitern einer Fabrik bald als öffentlich, bald als privat angesehen werden können, je nach Massgabe der obwaltenden Beziehungen, nach Massgabe des Geeignetseins derselben, jene Arbeiter zu einer Einheit zusammenzufassen und als solche erscheinen zu lassen.

Dagegen kann die blosse Zugehörigkeit zur deutschen Armee oder die Mitgliedschaft im deutschen Turnverein, der sich gleichfalls über das ganze Reich erstreckt, keine solchen Beziehungen unter deren Angehörigen begründen, dass hier von einem festbegrenzten Personenkreise in dem Sinne gesprochen werden könnte, dass eine innerhalb desselben veranstaltete Lotterie oder Ausspielung als eine private angesehen werden müsste. Wohl mögen durch jene Zugehörigkeit oder Mitgliedschaft Beziehungen unter den Mitgliedern begründet werden, doch sind sie derart lockerer Natur, dass ihnen eine zusammen-

[1]) R. G. E. XII, S. 274, XXXI, 413.

schliessende Wirkung nicht beigelegt werden kann. Wollte man in solchen Fällen den Ausschluss der Oeffentlichkeit annehmen, so würde sich wohl überhaupt niemals ein Fall finden lassen, der nicht als privater Vorgang beurteilt werden müsste. Denn irgend eine Beziehung liesse sich in allen Fällen ausfindig machen.

Wo die Lotterie oder Ausspielung stattfindet, ob an öffentlichem oder privatem Orte, ist für die Frage nach der Oeffentlichkeit der genannten Glücksspiele vollkommen gleichgültig. Wenn dieselbe daher in einem öffentlichen Lokale, z. B. einer jedermann zugänglichen Wirtsstube, veranstaltet wird, aber nur innerhalb eines bestimmten geschlossenen Kreises, den mehrere Personen auf Grund besonderer persönlicher Beziehungen bilden, während jede andere Person, die sich vielleicht zufällig, vielleicht absichtlich im gleichen Lokal eingefunden hat, ausgeschlossen ist, so ist trotz Oeffentlichkeit des Ortes der Glücksspielveranstaltung die Oeffentlichkeit dieser selbst zu verneinen.

Noch ist die Frage zu beantworten, ob, um eine Lotterie oder Ausspielung als nicht öffentlich erscheinen zu lassen, auch der Veranstalter derselben jenem durch engere persönliche Beziehungen zusammengehaltenen Kreise angehören muss oder nicht. Die Frage ist in Uebereinstimmung mit der Judikatur des Reichsgerichts[1]) zu bejahen. Das Moment der Oeffentlichkeit wird hier, wie ausgeführt, nur begründet durch unbegrenzte Teilnahmemöglichkeit; daraus ergibt

[1]) R. G. E. Bd. I, S. 359, wo von einer Beziehung zwischen den Abnehmern der Lose und dem Angeklagten, d. h. dem Lotterieunternehmer gesprochen wird.

sich, dass es, um die Oeffentlichkeit auszuschliessen eines die sämtlichen möglichen Teilnehmer umschliessenden Bandes bedarf. Da es nun dem Veranstalter in erster Linie freisteht, sich an der Ausspielung zu beteiligen, sich durch Zurückhaltung von Losen der Gewinn- und Verlustmöglichkeit auszusetzen, so ist auch er als möglicher Teilnehmer ins Auge zu fassen und mithin das Erfordernis des Bestehens persönlicher vereinigender Beziehungen unter den Personen, denen die Teilnahme ermöglicht ist, auch auf ihn auszudehnen.

II. Abschnitt.

Die Oeffentlichkeit als unbeschränkte Wahrnehmungsmöglichkeit

§ 5.

I.

Die öffentliche Aufforderung vor einer Menschenmenge.

§§ 85, 110, 111, 130a, R. Str. G. B.

Während in § 49a R. Str. G. B. die Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens schlechthin mit Strafe bedroht ist, ist die nach §§ 85, 110, 111 R. Str. G. B. strafbare Aufforderung durch mehrfache Zusätze eingeengt und umgrenzt. Es genügt hier für die Subsumption unter das Strafgesetz nicht lediglich eine Aufforderung zu den näher im Gesetze bezeichneten Delikten, sondern der Eintritt der Strafbarkeit der Aufforderung ist in diesen Fällen an die Erfüllung zweier besonderer Voraussetzungen geknüpft:

Die Aufforderung muss einerseits eine öffentliche, andrerseits eine vor einer Menschenmenge erfolgte sein.

Bevor auf diese beiden Tatbestandsmerkmale näher eingegangen sei, sei in Kürze das Wesen der Aufforderung im allgemeinen berührt.

Der Begriff der Aufforderung ist streitig; doch kann hier als über den Rahmen der Arbeit hinausgehend, nicht auf die verschiedenen in Wissenschaft und Praxis vertretenen Meinungen und deren Begründungen eingegangen werden. Im Wesentlichen versteht man unter Aufforderung[1]) eine an einen andern sich richtende Kundgebung, welche eine Einwirkung auf den Willen dieses anderen bezweckt. In welcher Weise diese Kundgebung erfolgt, ist belanglos; sie kann ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen, in Wort oder Schrift, geschehen.

Dieser Kundgebung nun muss nach dem Willen des Gesetzgebers das Merkmal der Oeffentlichkeit anhaften. Der Begriff der Oeffentlichkeit erfordert, wie bei der öffentlichen Zusammenrottung und den öffentlichen Lotterien und Ausspielungen, so auch hier eine Beziehung auf die Allgemeinheit. Dass diese Beziehung nicht durch die Oeffentlichkeit des Ortes, an dem die Aufforderung erfolgt, notwendigerweise geschaffen wird, ist zweifellos. Daher ist es möglich, dass eine Aufforderung, trotzdem sie sich an öffentlichem Orte abspielt, der Oeffentlichkeit selbst entbehrt. Umgekehrt kann eine Aufforderung an einem privaten Orte, z. B. in einer Privatwohnung zu welcher niemand oder nur vereinzelte bestimmte Personen Zutritt haben, erfolgt sein und trotz dieser privaten Natur des Ortes, an dem sie geschah, das Merkmal der Oeffentlichkeit an sich tragen. So ist

---

[1]) cf. R. G. E. Bd. IV, S. 108.

der Fall denkbar, dass jemand am Fenster seiner Wohnung stehend, von hier aus jene Aufforderung für das auf der Strasse verkehrende Publikum hörbar erliesse. Käme es zur Begründung der Oeffentlichkeit der Aufforderung auf den Ort an, so wäre in diesem Falle die Strafbarkeit der Aufforderung nach §§ 85, 110 oder 111 R.Str.G.B. ausgeschlossen, auch wenn die sämtlichen anderen Tatbestandsmerkmale erfüllt wären, da der Ort der Aufforderung ein privater, nicht allgemein zugänglicher war. Denn für die Begehung eines Unrechts ist nicht der Ort, wo der Erfolg eintrat, im gegebenen Beispiele also die Strasse, sondern der Ort, wo die Willensbetätigung stattfand, massgebend. [1])

Gerade dieses Beispiel zeigt, zu welch unbefriedigenden Resultaten eine Beziehung der Oeffentlichkeit auf den Ort hier führen müsste. Denn der besondere Grund dieser Strafdrohung ist der, dass die Aufforderung hier über den Kreis der unmittelbar Beteiligten hinausgreifen kann, der Täter sich der Möglichkeit begibt, die Wirkung seiner Tat zu übersehen und zu begrenzen und so in ganz besonderem Masse die Sicherheit und die Autorität der Obrigkeit und damit die Grundlage jeder rechtlichen Ordnung gefährdet und untergräbt.

Eine derartige Wirkung kann aber einerseits nicht nur die Aufforderung an öffentlichem Orte haben, andrerseits muss auch nicht jede solche Aufforderung am genannten Orte die Möglichkeit des Eintritts jener Folge nach sich ziehen, sodass die erwähnte Gefähr-

[1]) bestritten. Darüber ausführlich von Liszt, Lehrbuch des deutsch. Strafrechts(14. u. 15. Auflage) S. 137. Anm. 2.

lichkeit nicht durch den Ort der Tat, sondern durch andere Umstände bedingt erscheinen muss.

Und diese anderen Umstände, welche die Oeffentlichkeit und daher die besondere Gefährlichkeit der Aufforderung begründen, bestehen in der allgemeinen Möglichkeit der Wahrnehmung der Aufforderung.

Die Oeffentlichkeit, der wie schon hervorgehoben auch hier eine Beziehung auf die Allgemeinheit zugrunde liegt, stellt sich mithin dar als unbeschränkte Wahrnehmungsmöglichkeit, als unbegrenzte Wahrnehmbarkeit.

Zunächst sei bemerkt, dass unter Wahrnehmbarkeit der Aufforderung die Möglichkeit verstanden werden muss, dass an der Handlung selbst nicht Beteiligte die Aufforderung derart bemerken können, dass sie sich eine richtige Vorstellung von ihrer Beschaffenheit und Wesenheit machen können.[1]) Ob sie sich diese richtige Vorstellung tatsächlich gemacht haben, ist gleichgültig. Ist aber die Aufforderung nicht allgemein, vielmehr nur ganz bestimmten Personen verständlich, d. h. als Aufforderung zu strafbarem Verhalten erkennbar, so kann auch, wenn tatsächlich eine ungezählte Menge, die ihr allerdings dem Sinne nach unverständlichen Worte oder Zeichen wahrnahm, von einer öffentlichen Aufforderung nicht gesprochen werden. War aber allerdings die Möglichkeit allgemeiner verständnisvoller Wahrnehmung nicht völlig ausgeschlossen, so ist, gleichgültig ob die Aufforderung zu dem im Gesetz näher bezeichneten strafbaren Tun auch tatsächlich als solche erkannt wurde, das Merkmal der Oeffentlichkeit gegeben.

---

[1]) cf. R.G.R. Bd. V, S. 333 bezüglich der Oeffentlichkeit einer Beleidigung.

Die Allgemeinheit der Wahrnehmungsmöglichkeit ist dann gegeben, wenn, wie die Motive zum Reichsstrafgesetzbuch sich ausdrücken, unbestimmt welche und wie viele Personen die Aufforderung wahrnehmen können. Und zwar muss diese unbeschränkte Wahrnehmungsmöglichkeit im Momente der Aufforderung vorliegen. Kommt die Aufforderung erst nachträglich zur Kenntnis eines unbestimmten Personenkreises, so kann dieser Umstand die Oeffentlichkeit der Tat nicht mehr begründen.

Diese eben erwähnte Unbestimmtheit des Personenkreises, dem die Wahrnehmung der Aufforderung ermöglicht ist, ist aber nicht im absolutesten Sinne zu verstehen.[1]) Denn würde dieser Begriff im weitesten Sinne gefasst, so würde sich wohl nur in den seltensten Fällen, wenn überhaupt je, eine solche Unbestimmtheit feststellen lassen, indem irgendwelche bestimmende, verbindende Merkmale sich beinahe bei jedem Personenkreise ausfindig machen lassen. So liesse sich bei einer Aufforderung vor versammeltem Heere oder vor einer Versammlung politisch gleichgesinnter Personen die Oeffentlichkeit in Abrede stellen mit dem Hinweise, dass die wahrnehmenden Personen infolge des Bandes militärischer Zusammengehörigkeit, gleicher politischer Gesinnung einen nicht unbestimmten Personenkreis bilden. Dass eine derartige Auslegung zu weit geht und zu den absurdesten Ergebnissen führen würde, erhellt auf den ersten Blick.

Die das Wesen der Oeffentlichkeit bildende Unbestimmtheit des Personenkreises findet vielmehr ihre begriffliche Grenze in ihrem Gegensatze.[2]) Darnach

[1]) R.G.E. XXI. S. 254.
[2]) R.G.E. Bd. XXI, S. 254, Bd. XXII, 241.

ist die Oeffentlichkeit ausgeschlossen, wenn die Aufforderung auf die Wahrnehmbarkeit seitens einer einzelnen Person oder seitens eines engeren, vermöge der besonderen Umstände des Falles als in sich verbunden und bestimmt abgeschlossen anzusehenden Personenkreises sich beschränkt.

Wesentlich für den Ausschluss der Oeffentlichkeit ist hiemit das Bestehen eines »inneren Bandes«, das die wahrnehmungsbefähigten Personen mit dem Täter sozusagen zu einer Einheit zusammenschliesst, das Bestehen von »wechselseitigen, persönlichen Beziehungen«, durch welche dem Kreise jener Personen der Charakter eines in sich abgeschlossenen nach aussen bestimmt abgegrenzten verliehen wird.

Ein Versuch, diese wechselseitigen, persönlichen Beziehungen allgemein festzustellen, erscheint aussichtslos. Vielmehr muss diese Feststellung eines inneren Zusammenschlusses dem Richter im konkreten Falle überlassen bleiben.

Nur das sei hervorgehoben, dass nicht schon die Zugehörigkeit zu einem Vereine derartige innerlich zusammenschliessende Beziehungen im Gefolge haben muss. Wohl wird dies häufig der Fall sein, aber absolut notwendig bringt dies der äussere Zusammenschluss zu einem Verbande nicht mit sich. Stets wird hier die Art, der Zweck, die Organisation des Verbandes die entscheidende Rolle spielen und nur von ihrer Beurteilung wird das Gegebensein oder Fehlen der Oeffentlichkeit einer vor den Verbandsmitgliedern erfolgten Aufforderung abhängen.

Nicht wird die Oeffentlichkeit dadurch ausgeschlossen, dass die Mitglieder des wahrnehmenden Personenkreises vielleicht zufällig individuell bekannt

sind, indem z. B. von allen Anwesenden verlangt wurde, dass sie vor Eintritt in das Lokal, in dem die die Aufforderung enthaltene Rede gehalten wurde, ihren Namen, in eine Liste eintrugen.[1]) Eine derartige Bestimmung der Individualität lässt immer noch die Frage nach dem Bestehen des die Anwesenden nach innen verbindenden Bandes offen und begrenzt nicht die Möglichkeit allgemeiner Wahrnehmung.

Im Endergebnis lässt sich die Aufforderung also dann als eine öffentliche bezeichnen, wenn sie von einem grösseren, nicht durch persönliche Beziehungen zusammengehaltenen, zu einer Einheit zusammenfassbaren Personenkreise wahrgenommen werden konnte. Daraus ergibt sich auch, dass selbst eine Aufforderung, die sich nur an eine einzige Person richtete, gleichwohl als eine öffentliche angesehen werden kann.

Wie bereits früher hervorgehoben, hat der Gesetzgeber in manchen Fällen bezüglich des Oeffentlichkeitsbegriffes bestimmte Zusätze gegeben, teils um die Auslegung zu erleichtern, teils um missbräuchlicher Ausdehnung des Begriffes vorzubeugen. Dies hat er auch in den §§ 85, 110, 111 getan, indem er neben der Oeffentlichkeit der Aufforderung noch verlangt, dass dieselbe vor einer Menschenmenge erfolgt sei. Mithin genügt zur Strafbarkeit der Aufforderung, unter der Voraussetzung, dass die übrigen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, nicht schlechthin, dass sie von unbestimmt welchen und wie vielen Personen wahrgenommen werden konnte, es ist vielmehr weiter noch erforderlich, dass in dem Augenblicke,

[1]) cf. Frank Str.G.B. f. d. deutsche Reich; zu § 110.

in dem die Aufforderung geschah, eine Menschenmenge versammelt war, für welche die Wahrnehmungsmöglichkeit bestand. An wen und an wie viele Personen die Aufforderung sich richtet, ist ohne Bedeutung,[1]) kann vielmehr höchstens bei der Strafzumessung vom Richter in Betracht gezogen werden. Wann eine Menschenmenge versammelt ist, lässt sich nicht allgemein feststellen, sondern kann nur von Fall zu Fall entschieden werden. Einerseits ist eine Menschenmenge zu unterscheiden von einer blossen Personenmehrheit, die schon durch zwei Personen gebildet wird, während zu jener eine grössere Anzahl von Personen erforderlich ist.[2]) Andrerseits ist der Begriff der Menschenmenge nicht auf eine ungezählte Mehrheit von Personen zu beschränken, vielmehr ist nach Zeit, Ort und Umständen des Falles zu entscheiden, ob eine grössere Personenzahl als Menschenmenge anzusehen ist.

Man wird also im allgemeinen eine Menschenmenge nicht annehmen, wenn ihre Zahl sofort auf den ersten Blick festgestellt werden kann,[3]) aber auch eine ungemessene, ungeordnete Vielheit ist zum Begriffe der Menge nicht erforderlich.[4]) Zutreffend sagt Meyer-Allfeld,[5]) als Menschenmenge sei diejenige Zahl von Personen zu betrachten, bei welcher es auf das

---

[1]) cf. R.G.R. Bd. IX, S. 92. Meyer-Allfeld Lehrbuch d. d. Strafrechts S. 554.

[2]) R.G.E. Bd. IX, S. 143 a. M. Olshausen zu § 115.

[3]) Hälschner: Gem. deutsch. Strafrecht Bd. II, S. 492.

[4]) Die Notwendigkeit einer ungeordneten Vielheit nehmen an: Frank § 110 No. V. und Rubo § 85 No. 2.

[5]) Meyer-Allfeld S. 549.

Fehlen oder Hinzutreten einer einzelnen Person nicht mehr ankomme.

Die in diesem Paragraphen dargelegten Grundsätze über »öffentlich vor einer Menschenmenge« gelten auch für den Tatbestand des § 130a R.Str.G.B., welcher die öffentlich vor einer Menschenmenge erfolgende Verkündigung oder Erörterung von Angelegenheiten des Staates in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise verbietet, wenn dieselbe durch einen Geistlichen oder anderen Religionsdiener in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Berufes geschieht.

II.

Die öffentliche Anreizung.

§ 130 R. Str. G. B.

Die Anreizung ist ein der Aufforderung sehr nahe verwandter Begriff. Sie bezeichnet lediglich einen höheren Grad der Aufforderung derart, dass sie nicht nur eine Einwirkung auf den Willen anderer, sondern hauptsächlich eine Einwirkung auf das Gemüt, eine Erregung der Leidenschaft bezweckt.

Was die »Oeffentlichkeit«[1]) der Anreizung betrifft, so ist sie ebenso zu beurteilen, wie die »Oeffentlichkeit« der Aufforderung, weshalb in dieser Beziehung auf das unter I Ausgeführte verwiesen werden kann.

[1]) cf. R.G.E. Bd. XXVIII, S. 389.

§ 6.

I.

Oeffentlicher Anschlag und öffentliche Ausstellung von Schriften oder anderen Darstellungen.

§§ 85, 110, 111 R.Str.G.B.

Der öffentlichen Aufforderung zu einer nach § 82 R.Str.G.B. strafbaren Handlung (§ 85) und zum Ungehorsam gegen Gesetze oder diesen gleichgestellte Vorschriften (§§ 110, 111) durch irgendwelche unmittelbare Kundgebung vor einer Menschenmenge stellt der Gesetzgeber die Aufforderung zu dem eben bezeichneten Verhalten durch öffentlichen Anschlag oder öffentliche Ausstellung von Schriften oder anderen Darstellungen an die Seite.

Während durch die öffentliche Aufforderung der Täter unmittelbar, persönlich, auf die Sinnestätigkeit des Publikums einwirkt, geschieht diese Einwirkung beim öffentlichen Anschlag und bei der öffentlichen Ausstellung mittelbar, nicht also schlechthin durch das Verhalten des Täters, sondern erst durch den durch sein Verhalten geschaffenen Zustand.

Auf die Begriffe »anschlagen« und »ausstellen«[1]) braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Man versteht unter ihnen im allgemeinen jene Tätigkeit, durch welche ein Gegenstand mit einem andern festen Gegenstande als Träger sichtbar wird.

Oeffentlich ist der Anschlag oder die Ausstellung dann, wenn durch sie der Inhalt der Darstellung einem

---

[1]) cf. R. G. E. XI, S. 282.

individuell nicht begrenzten und nicht bestimmten Personenkreise zugänglich gemacht ist, wenn der Inhalt der Darstellung also von unbestimmt welchen und wie vielen Personen wahrgenommen werden kann. Der Begriff »öffentlich« ist mithin hier im wesentlichen der Gleiche wie der im vorhergehende Paragraphen geschilderte.

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, dass nicht, wie bei der öffentlichen Aufforderung die Tätigkeit des Verbrechers eine öffentliche sein, also nicht dem »Anschlagen« und »Ausstellen« als solchem das Merkmal der Oeffentlichkeit anhaften muss, sondern dass der Oeffentlichkeitscharakter erst bei dem durch die Tätigkeit des Verbrechers hervorgerufenen Zustande vorzuliegen hat, mithin die angeschlagene oder ausgestellte Darstellung eine dem Publikum allgemein zugängliche, wahrnehmbare sein muss. Nicht für die Handlung, sondern für das Ergebnis derselben wird die Oeffentlichkeit erfordert.

Die Oeffentlichkeit des Ortes, an dem der Anschlag oder die Ausstellung erfolgt, ist für die Annahme, dass hiedurch auch der Anschlag und die Ausstellung als öffentliche zu betrachten seien, von wesentlich grösserer Bedeutung als bei der durch irgendwelche direkte Kundgebung erfolgten Aufforderung. Allerdings hat auch hier die Oeffentlichkeit des Ortes die angedeutete Folge nicht mit zwingender Notwendigkeit, allein die Fälle, in denen die Oeffentlichkeit des Anschlags oder der Ausstellung sich unabhängig vom Charakter des Begehungsortes beurteilt, werden vereinzelnt und gezählt sein. Wohl ist auch hier eine Beschränkung der Wahrnehmbarkeit auf einen individuell genau bestimmten Personenkreis

denkbar, so z. B. wenn die Aufforderung in Schriftzeichen, die nur gewissen bestimmten Personen, wie den Mitgliedern einer anarchistischen Gesellschaft, bekannt sind und von etwaigen Zufälligkeiten abgesehen, bekannt sein können, erfolgt, aber in den weitaus meisten Fällen wird die Oeffentlichkeit des Ortes auch dem Anschlag oder der Ausstellung den Charakter der Oeffentlichkeit aufprägen.

II.

Die Verbreitung von Schriften oder anderen Darstellungen.

§§ 85, 110, 111 R. Str. G. B.

In die Tatbestände der §§ 85, 110, 111 Str. G. B. hat der Gesetzgeber als Mittel der strafbaren Aufforderung auch die Verbreitung von Schriften oder anderen Darstellungen aufgenommen, ohne jedoch ausdrücklich das Moment der Oeffentlichkeit hiebei zu fordern.

Wenn der Begriff der Verbreitung auch eigentlich dem Pressrechte angehört, so soll er doch gleichwohl im Hinblicke auf die ihm zuteil gewordene Auslegung an dieser Stelle nicht übergangen werden.

Im Sinne des Reichspressgesetzes steht seine Auslegung fest. Darnach bedeutet er so viel wie »zugänglichmachen für einen unbestimmten Personenkreis«.[1]) Die Verbreitung im Sinne des Pressgesetzes schliesst also den Begriff der Oeffentlichkeit in sich.

Dagegen ist der Begriff der Verbreitung im Reichsstrafgesetzbuche äusserst umstritten. Vorwiegend in zwei Gruppen teilen sich die Streitenden.

[1]) cf. R. G. E. XXXVI, S. 409.

Nach der hauptsächlich von v. Liszt [1]) vertretenen Auffassung setzt auch die Verbreitung im Sinne des Strafgesetzes ein Zugänglichmachen für das Publikum voraus, weshalb Verbreitung ausgeschlossen erscheint, wenn die Darstellung, bezw. ihr Inhalt nur einem geschlossenen Kreise bestimmter Personen wahrnehmbar ist.

Ohne Zweifel hat diese Ansicht etwas für sich. Für die Richtigkeit derselben scheint zunächst der Zusammenhang, in dem der Reichsgesetzgeber den Begriff »Verbreitung« verwendet, zu sprechen. In den eingangs zitierten Paragraphen sucht das Gesetz mit den Worten »wer öffentlich vor einer Menschenmenge« und »wer durch öffentlichen Anschlag oder öffentliche Ausstellung von Schriften oder anderen Darstellungen auffordert«, nur jene Aufforderung zu treffen, welche für unbestimmt welche und viele Personen wahrnehmbar erfolgt. Darüber besteht kein Zweifel. Die Behauptung, dass nun kein Grund einzusehen sei, weshalb zwischen jene beiden Modalitäten der Aufforderung, welche die Oeffentlichkeit in sich schliessen, plötzlich eine Begehungsart eingereiht werden sollte, der die Beziehung zur Oeffentlichkeit mangelt, scheint in der Tat nicht widerlegbar. Es kann nicht geleugnet werden, dass die Tendenz der in Frage stehenden Normen dahin geht, hauptsächlich jene Aufforderung zu treffen, bezüglich derer die Möglichkeit allgemeiner Wahrnehmung besteht.

Noch ein zweiter Punkt, über den nicht stillschweigend hinweggegangen werden darf, scheint die v. Liszt'sche Auffassung zu stützen. § 184, Ziff. 1 R.Str.G.B. bestimmt nämlich:

[1]) v. Liszt, Lehrbuch d. d. Strafrechts (14. u. 15. Aufl.) S. 383.

»Mit Gefängnis . . . . . wird bestraft, wer unzüchtige Schriften, Abbildungen oder Darstellungen feilhält, verkauft, verteilt, an Orten, welche dem Publikum zugänglich sind, ausstellt, anschlägt oder sonst verbreitet.«

Mit den Worten »ausstellen oder anschlagen an Orten, welche dem Publikum zugänglich sind« will der Gesetzgeber nach Ansicht v. Liszt's nichts anderes, als die Oeffentlichkeit der Ausstellung oder des Anschlags bezeichnen. Wenn man dieser Auslegung beistimmt, so muss man auch dem Folgesatz zustimmen, dass die Worte »sonst verbreiten«, die Begriffe öffentlich ausstellen und öffentlich anschlagen umschliessen und daher nichts anderes bedeuten können, als »dem Publikum, der Allgemeinheit, in sonstiger Weise zugänglich machen«, mithin einem nicht begrenzten und nicht bestimmten Personenkreise die Möglichkeit eröffnen, in den körperlichen oder geistigen Besitz jener Schrift, Abbildung oder Darstellung zu gelangen.

Das Ergebnis dieser Argumentation muss aber nicht nur für § 184 R.Str.G.B. sondern auch für die §§ 85, 110, 111 gelten, zumal da keinerlei Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Gesetzgeber den Ausdruck »verbreiten« in den letztgenannten Gesetzesstellen anders aufgefasst wissen will, als in § 184 R. Str. G. B.

Nach der v. Liszt'schen Auffassung schliesst also der Begriff »Verbreiten« auch den Begriff »Oeffentlich« in sich. Daher kann von der Verbreitung einer Schrift nur dann gesprochen werden, wenn diese allen zugänglich ist, wenn sie allen offen steht — omnibus patet — wenn alle, die es wünschen davon

Kenntnis nehmen können — ad usum omnium pertinet. [1])

So überzeugend die für die Richtigkeit der v. Liszt'schen Interpretation ins Feld geführten Gründe auf den ersten Blick erscheinen mögen, so können sie doch der Hauptsache nach gegenüber dem prüfenden Auge der Kritik nicht stand halten.

Was zunächst die Heranziehung des § 184 Ziff. 1 R.Str.G.B. zum Beweise der von v. Liszt vertretenen Auffassung betrifft, so mag sie wohl momentan verblüffen; aber gleichwohl kann sie weder vollen, noch teilweisen Beweis für die Richtigkeit jener Auslegung erbringen.

Einerseits ist die erwähnte Zusammenstellung nicht zum Beweise geeignet, da das »Verbreiten« nicht nur mit dem »Anschlagen oder Ausstellen an dem Publikum zugänglichen Orten«, sondern auch mit dem »Verkaufe« und der »Verteilung« zusammengestellt [2]) ist, ohne dass auch nur in irgendwelcher Weise angedeutet wäre, es sei ein Verkauf oder eine Verteilung an das Publikum gemeint, sich eine solche Auffassung auch nicht aus dem Begriffe des »verkaufens« und »verteilens« rechtfertigt, andrerseits erscheint auch die Auslegung des Ausdrucks »an Orten, welche dem Publikum zugänglich sind, anschlagen oder ausstellen« in dem Sinne, dass hiedurch der Anschlag oder die Ausstellung öffentlich würde, nicht zwingend, wie sich aus dem unter I Ausgeführten ergibt.

Mit dem gleichen Rechte, mit dem die gegnerische Ansicht den § 184 Str. G. B. zu ihrer Begrün-

[1]) cf. v. Liszt Pressrecht § 42.

[2]) R. G E. Bd. IX. 292.

dung heranzieht, kann zu ihrer Widerlegung der § 186 Str. G. B. angeführt werden. Diese zum Schutze der menschlichen Ehre bestimmte Gesetzesstelle hebt als strafschärfend die Oeffentlichkeit der Beleidigung sowie deren Verbreitung durch Schriften, Abbildungen oder Darstellungen hervor. Wenn nun in der Verbreitung selbst auch das Merkmal der Oeffentlichkeit enthalten wäre, so würde es vollständig überflüssig sein, dass der Gesetzgeber neben der öffentlichen Beleidigung auch noch deren Begehung durch Verbreitung besonders erwähnt. Vielmehr würde die Bestimmung, dass Oeffentlichkeit der Beleidigung strafschärfend wirke, auch die Verbreitung von Schriften, Abbildungen und Darstellungen mitunterfassen, sodass sich der Gesetzgeber diesen letzteren Zusatz hätte ersparen können.[1])

Dass sich der Gesetzgeber aber solch irreführende Ausdrucksweise hat zu schulden kommen lassen, darf ihm nicht ohne zwingenden Grund angesonnen werden; und solche zwingende Gründe vermag auch die Begründung der v. Liszt'schen Auslegung nicht zu erbringen.

Im Ergebnis läuft die Widerlegung der v. Liszt-'schen Auffassung darauf hinaus, dass unter Verbreitung nur eine solche Mitteilung verstanden werden kann, deren Kenntnisnahme einem grösseren, auf breiterer Basis beruhenden Personenkreise ermöglicht ist. Dagegen setzt die Verbreitung die Zugänglichmachung an einen nach Zahl und Individualität unbestimmten und unbegrenzten Personenkreis in keiner

[1]) A. M. Meyer-Allfeld, welcher annimmt, dass der Begriff »Verbreitung« im R. Str. G. B. in verschiedener, nicht in einheitlicher Weise, gebraucht werde.

Weise voraus. Der Gegensatz zur Verbreitung ist in der Hingabe der Schrift, Abbildung oder Darstellung an eine oder einige wenige individuell bestimmte Personen zu finden. Wie gross ein Personenkreis sein muss, damit er sich zu einer Verbreitung eigne, lässt sich nicht abstrakt bestimmen.[1]) Dies liegt in der Natur der Sache. Nur so viel kann aus der Zusammenstellung der Verbreitung mit der öffentlichen Aufforderung vor einer Menschenmenge und mit dem öffentlichen Anschlage und der öffentlichen Ausstellung von Schriften etc. geschlossen werden, dass der Begriff der Verbreitung nach §§ 85, 110, 111 R.Str.G.B. ein Inverkehrsetzen der Schrift etc. bedeutet, durch welches dieselbe, bezw. ihr Inhalt einem grösseren, wenn auch individuell bestimmten Personenkreise zugänglich gemacht wird.

III.

Oeffentlich angeschlagene Bekanntmachungen, Verordnungen, Befehle oder Anzeigen öffentlich-rechtlicher Organe.

§ 134 R. Str. G. B.

Was für den Begriff »öffentlich« hinsichtlich des Anschlags oder der Ausstellung von Schriften und anderen Darstellungen gilt, gilt in gleicher Weise für die »Oeffentlichkeit« des in § 134 R.Str.G.B. erwähnten Anschlags von Bekanntmachungen, Verordnungen, Befehlen oder Anzeigen von Behörden oder Beamten, indem die Verordnungen etc. in ihrer Erscheinung nach aussen nur als besondere Arten von Schriftstücken zu erachten sind.

[1]) R. G. E. VII, 113.

Diese amtlichen Kundgebungen brauchen, um öffentlich genannt werden zu können, ebensowenig, wie die öffentliche Aufforderung oder die Aufforderung durch öffentlichen Anschlag oder öffentliche Ausstellung, an die Allgemeinheit sich zu richten, können vielmehr sehr wohl nur für die Kenntnis einzelner Personen bestimmt sein. So ist z. B. die an die Gerichtstafel angeschlagene öffentliche Ladung eine öffentlich angeschlagene amtliche Bekanntmachung. Sie ist vorwiegend nur an die Adresse einer bestimmten Person gerichtet, aber gleichwohl fehlt dieser Bekanntmachung der Oeffentlichkeitscharakter nicht, da die Möglichkeit der Wahrnehmung der Ladung eine allgemeine ist, indem jedermann das Recht und in Konsequenz davon die Möglichkeit verliehen ist, die an der Gerichtstafel angeschlagenen Schriftstücke zu lesen. Ein Beispiel für eine öffentlich angeschlagene Bekanntmachung, die sich an die Allgemeinheit richtet, die die Bestimmung in sich trägt, dem Publikum zur Kenntnis zu gelangen, ist das in einer Beleidigungssache ergangene Urteil, sofern es an der Gerichtstafel angeschlagen wird. In diesem Falle ist der Zweck des Anschlags der, dass jedermann davon Kenntnis nehme und so dem Verletzten Genugtuung verschafft werde. Nicht dadurch, dass die Bekanntmachung hier sich an das Publikum richtet, wird die Offentlichkeit begründet, sondern dadurch, dass ihm die Möglichkeit von ihr Kenntnis zu nehmen gegeben wird. Wie vielen Personen die Bekanntmachung tatsächlich zur Kenntnis kam, ist ohne Bedeutung.

Verfehlt wäre es auch hier, die Oeffentlichkeit des Ortes des Anschlages als allein massgebend zu

erklären, obwohl, wie bereits erwähnt, gerade in diesem Falle der Einfluss der Oeffentlichkeit des Ortes nicht unterschätzt werden darf, nicht minder verkehrt, die Oeffentlichkeit hier in der Beziehung zum Staatswesen zu suchen, etwa deshalb, weil es sich nur um Schriftstücke von Organen der Staatsgewalt handelt. Entscheidend kann nur der Umstand sein, dass der Anschlag einem, weder der Individualität noch der Zahl nach bestimmten Personenkreise wahrnehmbar ist. Ist er dies, so ist der Anschlag als öffentlich zu erachten; beschränkt sich die Wahrnehmbarkeit auf die Mitglieder eines durch innere Beziehungen geknüpften und damit bestimmt umschriebenen Personenverbands, oder gar nur auf einzelne bestimmte Personen, so entfällt auch das Moment der Oeffentlichkeit.

IV.

Oeffentlich ausgelegte und öffentlich angebotene Exemplare von Schriften, Abbildungen oder Darstellungen.

§ 41 R. Str. G. B.

Endlich sei an dieser Stelle noch der »öffentlichen Auslage«, sowie des »öffentlichen Angebots« von Schriften, Abbildungen oder Darstellungen Erwähnung getan. Das Reichsstrafgesetzbuch bedient sich dieser Begriffe in § 41, wo es als Präventivmassregel die Einziehung resp. Unbrauchbarmachung der öffentlich ausgelegten und öffentlich angebotenen Schriften etc. unter gewissen Voraussetzungen vorschreibt.

Wie in so vielen Fällen, so ist auch hier der in den Motiven zum Reichsstrafgesetzbuche bezüglich der Oeffentlichkeit gegebene Leitsatz massgebend,

dass nach dem Sprachgebrauche eine Handlung nur dann als öffentlich geschehen zu betrachten ist, wenn sie in einer Art und Weise vorgenommen wurde, dass sie unbestimmt von welchen und wie vielen Personen wahrgenommen werden konnte, während, wenn sie so erfolgte, dass die Wahrnehmung nur bestimmten Personen ermöglicht war und, von Zufälligkeiten abgesehen, sie auch nur von diesen bemerkt werden konnte, das Vorliegen der Oeffentlichkeit als nicht gegeben anzunehmen ist. An Stelle der Wahrnehmbarkeit der Handlung tritt bei der öffentlichen Auslage wiederum die Wahrnehmbarkeit des durch die Handlung geschaffenen Zustandes, sodass die Oeffentlichkeit nicht im Momente des Auslegens, sondern erst für die erfolgte Auslage, für das ausgelegte Schriftstück selbst erforderlich ist, während sich beim Angebot die Oeffentlichkeit bald auf die Handlung, bald auf den tatsächlichen Zustand beziehen kann, verschieden nach der Art und Weise des Angebots.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass Exemplare von Schriften, Darstellungen etc. dann nicht öffentlich ausliegen, wenn sie nur der Wahrnehmung der Mitglieder einer geschlossenen Gesellschaft, einer Gesellschaft, deren Mitglieder durch irgendwelche nähere Beziehungen unter einander verknüpft sind, freigegeben sind, etwa in der Weise, dass jene Schriften etc. im Gesellschaftszimmer, zu welchem nur die Angehörigen der Gesellschaft Zutritt haben, ausliegen.

Wesentlich für die Begriffe des »öffentlichen Ausliegens« und des »öffentlichen Anbietens« ist mithin die Ermöglichung der Kenntnisnahme von dem Inhalte der in Frage stehenden Schriftstücke, für einen nicht abgeschlossenen Personenkreis, für das Publikum.

Ein öffentliches Anbieten ist zweifellos auch in der Einrichtung einer Leihbibliothek zu erblicken. Denn Zweck der Leihbibliothek ist es, Leselustige in unbeschränkter Zahl zur Lektüre aller in der Bibliothek vorhandenen Bücher aufzufordern, mithin die Lektüre einem völlig unbestimmten Personenkreise zugänglich zu machen. Ob die Entnahme der Bücher an ein Entgelt gebunden ist oder nicht, ändert an der Beurteilung der Sachlage nichts, selbst dann nicht, wenn das zu entrichtende Entgelt ein so hohes sein sollte, dass infolgedessen die Benutzung der Bibliothek nur den wohlhabendsten Klassen der Bevölkerung möglich ist. Auch der Umstand, dass die Bibliothek eines infolge der verschiedenen Nationalität seiner Bewohner und Besucher den Charakter der Internationalität tragenden Ortes ihre Bücher nur an Angehörige einer bestimmten Nation verleiht, wie man es an den genannten Orten häufig trifft, vermag dem Angebote den Charakter der Oeffentlichkeit nicht zu nehmen. Denn die Gleichheit der Nationalität kann nicht als eine jener Beziehungen betrachtet werden, durch welche ein Personenkreis zu einem in sich abgeschlossenen gestaltet wird.

§ 7.

I.

Die öffentliche Ankündigung und die öffentliche Mitteilung.

§§ 184, 184b R.Str.G.B.

Durch Reichsgesetz vom 25. Juni 1900 hat der § 184 R. Str. G. B. eine umfassende Ausdehnung erhalten, durch welche auch das Moment der Oeffent-

lichkeit in ausdrücklicher Weise Aufnahme in seinen Tatbestand gefunden hat, indem nach Ziff. 4 der genannten Gesetzesbestimmung die öffentliche Ankündigung, welche dazu bestimmt ist, unzüchtigen Verkehr herbeizuführen, strafrechtliche Folge nach sich zieht. Der frühere Absatz 2 des § 184, der die Strafbarkeit öffentlicher Mitteilung aus Gerichtsverhandlungen, bei welchen wegen Gefährdung der Sittlichkeit das Publikum ausgeschlossen war, sowie die Strafbarkeit öffentlicher Mitteilung von solchen Verhandlungen zugrunde liegenden amtlichen Schriftstücken normierte, wurde durch das gleiche Reichsgesetz zu einem selbstständigen § 184 b erhoben.

Die öffentliche Ankündigung unzüchtiger Schriften kann schriftlich oder mündlich erfolgen, desgleichen auch die öffentliche Mitteilung der geheim zu haltenden Tatsachen aus Gerichtsverhandlungen.

Oeffentlich ist die Ankündigung, resp. Mitteilung dann, wenn einer nach Individualität und Zahl unbestimmten Mehrheit von Personen Gelegenheit geboten ist, von ihr Kenntnis zu nehmen, wenn der Kreis, der zur Wahrnehmung der Ankündigung oder Mitteilung befähigten Personen nicht fest umgrenzt, nicht genau umschrieben, sondern die Möglichkeit der Kenntnisnahme allgemein gegeben ist.

Dass die Ankündigung oder Mitteilung auch tatsächlich zur Kenntnis einer nicht bestimmten Zahl individuell unbestimmter Personen gelangte, ist dem Begriffe »öffentlich« auch hier nicht wesentlich. Dass die Oeffentlichkeit gegeben ist, wenn tatsächlich die Allgemeinheit von der Ankündigung oder Mitteilung Kenntnis genommen hat, bedarf einer weiteren Begründung nicht, denn die erfolgte Kenntnisnahme

setzt ja das Vorhandensein der Wahrnehmungsmöglichkeit voraus. Aber auch dann, wenn nur eine oder nur einzelne, möglicherweise ganz bestimmte Personen Kenntnis genommen haben, ist das Moment der Oeffentlichkeit nicht ausgeschlossen, solange nur die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch das Publikum besteht.

Ebenso unwesentlich für die Frage nach der Oeffentlichkeit ist es, an wen und an wie viele die Ankündigung oder Mitteilung sich richtet, sowie an welchem Orte, ob an privatem oder öffentlichem, sie erfolgte. So ist ein dem Publikum offenstehendes Gastlokal ohne Zweifel als öffentlicher Ort anzusehen. Gleichwohl ist eine dort am Biertische erfolgte Mitteilung von nach § 184b R. Str. G. B. geheim zu haltenden Tatsachen keine öffentliche, wenn sie nur im engeren Freundeskreise geschah, ohne dass anderen im Gastzimmer anwesenden Personen die Möglichkeit, die Mitteilung zu vernehmen, gegeben war. Sobald freilich die Mitteilung etwa mit so lauter Stimme geschah, dass auch andere Gäste sie vernehmen konnten — und wenn dies auch nur eine einzige ausserhalb jenes Kreises stehende Person ist — so liegt auch das Moment der Oeffentlichkeit wieder vor. Wie aus diesem Beispiele zu ersehen ist, hängt die Frage nach dem Vorhandensein der Oeffentlichkeit in hohem Masse ab von der Lagerung der konkreten Verhältnisse.

II.

Die öffentliche Bekanntmachung und die Veröffentlichung von Festungsrissen.

§§ 92, 140, 165, 200, 360 Ziff. I R.Str.G.B.

1. An vier Stellen bedient sich das Reichsstrafgesetzbuch des Ausdruckes »öffentlich bekanntmachen« oder »öffentliche Bekanntmachung«, nämlich in den §§ 92, 140, 165 und 200.

In § 165 und § 200 ist die Rechtslage insofern eine sehr einfache, als die dem Verletzten im Urteil zuzusprechende Befugnis der Bekanntmachung der Verurteilung des Täters zur Strafe in der Praxis der Gerichte dahin festgelegt ist, dass der Verletzte in einer oder mehreren vom Gerichte bestimmten Zeitungen, welche sich jedermann nach Belieben verschaffen kann, die Verurteilung zur Kenntnis der Allgemeinheit bringen darf. Durch den Abdruck des Urteils in jenen Zeitungen wird das Publikum in die Lage gesetzt, die Verurteilung des Täters zu erfahren. In dieser Eröffnung der Möglichkeit für jedermann, von der Verurteilung Kenntnis zu nehmen, ist die Oeffentlichkeit der Bekanntmachung begründet.

In § 92 besteht die strafbare Willensbetätigung in dem »öffentlich bekanntmachen«. Die Verbrechertätigkeit ist auch hier abgeschlossen mit dem Eintritte der möglichen Kenntnisnahme durch andere mit dem Täter nicht in engen, vertrauten Beziehungen stehenden Personen.

§ 140 spricht von öffentlicher Bekanntmachung einer vom Kaiser erlassenen Anordnung. Auch eine solche Bekanntmachung ist nur dann als öffentlich

geschehen zu betrachten, wenn dem Publikum die Möglichkeit geboten ist, von dem Inhalte der kaiserlichen Anordnung Notiz zu nehmen. In Anwendung welcher Mittel diese Möglichkeit geschaffen wird, ist gleichgültig. Bald mag sie erfolgen lediglich durch Ausschreiben im Reichsgesetzblatt — dies ist der gesetzliche, in allen Fällen einzuschlagende Weg — bald auch durch Abdruck in den Tageszeitungen oder durch Anschlag an öffentlichen Orten in der Weise, dass der Anschlag dem Publikum sinnfällig angebracht wird.

2. Diese allgemein mögliche Kenntnisnahme muss auch gegeben sein, um von einer Veröffentlichung, wie sie § 360 Ziff. 1 in Bezug auf Risse von Festungen und einzelnen Festungswerken verlangt, sprechen zu können. Nur dann ist ein Riss als veröffentlicht anzusehen, wenn er der Wahrnehmung unbestimmt welcher und wie vieler Personen zugänglich gemacht ist.

III.

Die öffentlichen Blätter.

§ 200 R. Str. G. B.

In diesem Zusammenhange ist auch des in § 200 enthaltenen Begriffes »öffentliche Blätter« noch Erwähnung zu tun. Als öffentliche Blätter im Sinne dieser Vorschrift kommen vor allem öffentliche Zeitungen oder Zeitschriften in Betracht, wie aus dem weiteren Wortlaute des Paragraphen hervorgeht.[1]) Die Oeffentlichkeit dieser Druckschriften wird dadurch begründet, dass jederman zur Kenntnis ihres Inhalts

[1]) cf. R. G. E. Bd. XIV. S. 279.

gelangen kann.[1]) Es gilt mithin hierüber im wesentlichen das unter I. und II. über den Begriff »öffentlich« Dargelegte. Ob diese Blätter nur gegen Entgelt, wie dies in der Regel der Fall sein wird, erhältlich sind, oder ob sie auch unentgeltlich dem Publikum zur Verfügung gestellt werden, begründet keinen Unterschied und kommt für das Wesen der Oeffentlichkeit nicht in Betracht.

Als öffentliche Blätter sind zweifellos diejenigen Druckschriften nicht zu erachten, die nur für den dienstlichen Verkehr und ausschliesslich für diesen besimmt und nur den in Frage kommenden Bediensteten zugänglich sind. Denn hier ist die Allgemeinheit, das Publikum, vollständig ausgeschaltet. Dagegen wird die Frage, ob die Oeffentlichkeit vorliegt, stets näher zu prüfen sein, bei Zeitschriften, die nur für die Mitglieder eines bestimmten Vereins bestimmt sind, bei den sogen. Vereinsmitteilungen. Hier entscheidet der Charakter des Vereins.

§ 8.

Die öffentliche Behauptung.

§§ 131, 186, 187, 200 R. Str. G. B.

Der Begriff der »öffentlichen Behauptung« hat in § 131, worin das Vergehen der sog. Verläumdung des Staatswillens umgrenzt wird, sowie in den §§ 186, 187, wo die Oeffentlichkeit der Behauptung als strafschärfendes Moment zur Verwendung gelangt und endlich in § 200, welcher im Falle der Oeffentlichkeit der ehrkränkenden Behauptung dem Verletzten das Recht der Publikation des verurteilenden Erkenntnisses

[1]) Klöppel Reichspressrecht (1894) S. 145.

gewährleistet, Aufnahme gefunden. Allerdings gebraucht das Gesetz in §§ 186, 187 und 200 nicht schlechthin den Ausdruck »öffentlich behaupten«, sondern nur indirekt, indem es zunächst als Mittel der Beleidigung und Verläumdung das Behaupten ehrenrühriger Tatsachen festellt, sodann aber weiter fortfährt: »und wenn die Beleidigung, bezw. Verläumdung öffentlich begangen ist«. Dieser Bedingungssatz bedeutet aber nichts anderes als der Satz, »wenn die Behauptung der beleidigenden Tatsache eine öffentliche ist«.

Behauptet wird eine Tatsache, wenn sie der Täter als auf eigener Kenntnis und Ueberzeugung berufend, als Ausdruck eigenen Wissens bekundet.[1])

Einen interessanten Anhaltspunkt für die Entscheidung der Frage, wann eine Behauptung eine öffentliche sei, bietet Artikel 125 des revidierten sächsischen Strafgesetzbuchs. Wohl bestimmt derselbe die Voraussetzungen unter denen eine Mitteilung als eine öffentliche zu betrachten ist, gleichwohl ist er auch als Ausgangspunkt für die Auslegung des Oeffentlichkeitsbegriffes bezüglich der Behauptung geeignet. Der erwähnte Artikel besagt:

»Eine Mitteilung ist für eine öffentliche zu erachten, wenn sie nicht an einzelne, durch geschäftliche, häusliche oder freundschaftliche Verhältnisse verbundene Personen gerichtet ist und sich nicht mit Rücksicht auf diese Verhältnisse, sowie auf Ort, Zeit und Art und Weise der Mitteilung als eine vertrauliche und private darstellt.«

[1]) Hälschner Gem. deutsch. Strafrecht Bd. II S. 193. Meyer-Allfeld S. 433.

Diese Definition des Begriffes »öffentlich« in Zusammenhang gebracht mit dem Begriffe »Behauptung« würde ergeben: »Eine Behauptung ist dann als öffentlich anzusehen, wenn sie sich richtet an einen durch geschäftliche Bande, durch das Band der Häuslichkeit oder Freundschaft nicht zusammengehaltenen Personenkreis und wenn sich aus den konkreten Umständen nicht etwa ergibt, dass sie den Charakter einer vertraulichen privaten Kundgebung tragen soll.

Allein eine derartige Auslegung, so richtig sie in ihrem Grundgedanken sein mag, entspricht der heutigen Auffassung nicht mehr. Vor allem ist hervorzuheben, dass es in keiner Weise darauf ankommen kann, an welche Personen die Behauptung sich richtet, sondern der Schwerpunkt liegt in der »Zugänglichkeit« der behaupteten Tatsache. Ausserdem aber kann auch die gesetzliche Aufzählung der Verhältnisse die einen Personenkreis zu einem in sich abgeschlossenen stempeln sollen, nicht gebilligt werden. Es gibt ausser den durch das Geschäft, durch gemeinsame Häuslichkeit oder Freundschaft geschaffenen Beziehungen, welche diejenigen Personen, unter denen sie bestehen, zu einem engeren Kreise zusammenschliessen, noch so viele, so mannigfache Beziehungen, welche die gleiche Wirkung haben können, dass die Frage, ob ein durch persönliche Beziehungen zusammengeschlossener Personenkreis gegeben ist, der Beurteilung von Fall zu Fall überlassen bleiben muss. Dass selbst die in Art. 125 ausdrücklich hervorgehobenen Verhältnisse nicht mit Notwendigkeit jene einigende, zusammenfassende Wirkung haben müssen, hat auch die Redaktion des »Revidierten sächsischen Gesetzbuches« nicht verkannt, worauf der Zusatz »und

sich nicht mit Rücksicht auf diese Verhältnisse sowie auf Ort, Zeit und Art und Weise der Mitteilung als eine vertrauliche und private darstellt,« hindeutet. Denn die bezeichneten Verhältnisse können auch lediglich Beziehungen derart lockerer Natur schaffen, dass diese nicht geeignet erscheinen, die sie umfassende Personenmehrheit als zu einer Einheit zusammengefasst, in die Erscheinung treten zu lassen.

Als öffentlich ist eine Behauptung vielmehr nur dann anzusehen, wenn sie von einer durch keinerlei engere, zusammenschliessende Beziehungen verknüpfte Personenmehrheit wahrgenommen werden konnte, unbestimmt welchen und wie vielen Personen sinnfällig war. Und zwar muss diese Sinnfälligkeit der Behauptung im Augenblicke des Behauptens gegeben sein, sodass von einer öffentlichen Behauptung nicht mehr gesprochen werden kann, wenn die Behauptung nur einer Person gegenüber geschah unter Ausschluss der Möglichkeit, anderweitig vernommen werden zu können, sodann aber durch die Indiskretion jener einen Person zur Kenntnis der Allgemeinheit gelangt ist.

Nicht darauf, dass die Allgemeinheit von der behaupteten Tatsache Kenntnis erhielt, auch nicht darauf, dass das Publikum die Behauptung jener Tatsache wahrnahm, kommt es an, sondern ausschlaggebend ist die Möglichkeit der Wahrnehmung durch das Publikum. Daher sind Fälle denkbar und auch im praktischen Leben gar nicht selten, dass eine Behauptung, trotzdem sie vielleicht von Hunderten von Personen vernommen wurde, gleichwohl des Charakters der Oeffentlichkeit entbehrt, dass andrerseits eine Behauptung nur von einer einzigen Person vernommen wurde, ihr aber dennoch die Oeffentlichkeit anhaftet.

All diese Sätze gelten ohne Zweifel für das »öffentlich Behaupten« im Sinne des § 131. Aber auch für die §§ 186, 187, 200 sind dieselben als zutreffend zu erachten, wenn man daran festhält, dass sich auch hier das Erfordernis der Oeffentlichkeit auf die Willensbetätigung, also das behaupten, bezieht. Wer freilich die Bestimmung dieser Paragraphen dahin auffasst, dass er für das Vorliegen der Oeffentlichkeit den Erfolg der Behauptung als entscheidend ansehen will, der wird zu anderen als den oben gewonnenen Resultuten gelangen müssen. Dass aber eine derartige Auffassung unrichtig wäre, liegt auf der Hand. Die Ausdrucksweise des Gesetzes selbst steht mit ihr in Widerspruch. Denn das Gesetz sagt nicht, »wenn die Beleidigung eine öffentliche ist«, sondern »wenn die Beleidigung öffentlich begangen ist«. Der Nachdruck liegt hiebei auf dem Worte »begangen«. Begangen aber wird die Beleidigung durch die Behauptung jener ehrenrührigen Tatsachen.

Auch an dieser Stelle mag ein Hinweis darauf, dass die Oeffentlichkeit des Ortes, an dem die Behauptung erfolgte, dieser nicht schlechthin den Stempel der Oeffentlichkeit aufzudrücken vermag, gestattet sein, um so mehr, als das Reichsgericht in dieser Frage eine schwankende Stellung eingenommen hat. Geschah die Behauptung an einem öffentlichen Orte, etwa in einem jedermann zugänglichen Lesezimmer, befand sich aber im Momente, in dem die Behauptung fiel, ausser dem Aeussernden und der Person, an welche jene Worte gerichtet waren, niemand im Zimmer, während die Möglichkeit jederzeitigen Eintritts andrer Personen bestand, so ist gleichwohl die Oeffentlichkeit der Behauptung in Abrede zu stellen. Denn

wenn auch die Möglichkeit jederzeitigen freien Zutritts gegeben ist, so schliesst doch der Umstand, dass tatsächlich niemand ausser den beiden bezeichneten Personen anwesend war, die Möglichkeit weiterer Wahrnehmung aus. Von diesem Standpunkte aus betrachtet ist das Urteil des Reichsgerichts vom 7. Oktober 1886[1]) als rechtsirrtümlich zu bezeichnen. In diesem Erkenntnis des obersten Gerichtshofes wird eine in öffentlicher Sitzung des Gerichts erfolgte beleidigende Behauptung für eine öffentliche erklärt, selbst nachdem nicht nachgewiesen werden konnte, dass sich jemand im Zuhörerraum befunden habe. Daraus, dass die Gerichtspersonen, die Parteien und die Zeugen im Sitzungssaale anwesend waren, kann die Oeffentlichkeit noch nicht abgeleitet werden. Denn alle diese Personen sind durch ihr Amt oder ihre Ladung individuell bestimmt, ihr Kreis genau umgrenzt. Wenn das Reichsgericht das Vorliegen der Oeffentlichkeit dennoch bejahte, so konnte es dies nur tun in anbetracht der Oeffentlichkeit der Verhandlung, in Würdigung des Umstandes, dass zu der in Frage stehenden Gerichtssitzung jedermann Zutritt hatte. Doch liegt bei einer solchen Erwägung das Hauptgewicht auf der Oeffentlichkeit des Ortes, an dem die beleidigende Behauptung fiel; und hievon ausgehend hat sohin das Reichsgericht eine Beleidigung als eine öffentliche erklärt, vornehmlich aus dem Grunde, weil sie an einem öffentlichen Orte geschah. Das Erfordernis, dass die beleidigende Behauptung, um öffentlich zu sein, unbestimmt vielen und welchen Personen wahrnehmbar sein muss, hat das Reichsgericht in diesem Falle verkannt. Denn, nachdem nicht festgestellt

[1]) R. G. R. Bd. VIII S. 600.

werden konnte, dass tatsächlich jemand im Zuhörerraum anwesend war, war auch nicht festgestellt, dass die Möglichkeit anderweitiger Wahrnehmung gegeben war.

Allerdings wird man annehmen dürfen, dass die an einem öffentlichen Orte fallende Behauptung in sehr vielen Fällen eine öffentliche sein wird, indem man in Erwägung ziehen muss, dass an einem solchen Orte ein individuell nicht bestimmter Personenkreis verkehren kann und auch zu verkehren pflegt, und dass daher erfahrungsgemäss angenommen werden kann, dass diesen Personen auch die Wahrnehmung möglich war.[1]) Allein eine aus dem Wesen des öffentlichen Ortes sich ergebende notwendige Folge ist es nicht, dass durch die Oeffentlichkeit des Ortes auch die Oeffentlichkeit der dort fallenden Behauptung hergestellt wird.

Wie also eine an öffentlichem Orte geschehene Behauptung des Oeffentlichkeitscharakters entbehren kann, so kann umgekehrt eine Behauptung, trotzdem sie an einem Orte, zu welchem nur ganz bestimmte, wenige Personen Zutritt haben, erfolgte, eine öffentliche sein. Man denke nur an den Fall, dass die Behauptung an einem dem freien Zutritte verschlossenen Orte stattfand, dieser Ort aber der Beobachtung durch Aug und Ohr von einem der Allgemeinheit zugänglichen Orte aus, unterlag.

Stets aber ist im Auge zu behalten, dass es vollständig gleichgültig ist, ob ein grösserer Personenkreis die Behauptung wirklich vernommen hat, sondern, dass einzig und allein der Nachdruck darauf

[1]) cf. Lutz: Der Begriff der Oeffentlichkeit im R. Str. G. B. und den strafrechtlichen Nebengesetzen des deutschen Reichs. S. 43.

zu legen ist, ob die Behauptung von einer nach Zahl und Individualität nicht bestimmten Personenmehrheit wahrgenommen werden konnte. Daher kann selbst die Feststellung, dass ein grösserer Kreis von Personen die Behauptung vernommen hat, nicht genügen.[1])

§ 9.

I.

Die öffentliche Lästerung und öffentliche Beschimpfung.

§ 166 R. Str. G. B.

Während die Vorschriften der §§ 185 ff. R.Str.G.B. die Missachtung der menschlichen Ehre zum Gegenstande der Strafdrohung haben, betrifft § 166 die Missachtung Gottes in der Form der Lästerung und Beschimpfung. Aber nicht die Lästerung oder Beschimpfung Gottes zu sühnen, hat sich der Gesetzgeber hier zur Aufgabe gemacht, indem er richtig erwog, dass Gott nicht als durch eine menschliche Handlung verletzbar gedacht werden könne, mithin auch nicht der Sicherung durch menschliche Strafen wie eine beleidigte irdische Person bedürfe, sondern Zweck der Gesetzesbestimmung ist, das religiöse Gefühl der Menschen gegen Herabwürdigung des Gegenstandes ihrer Verehrung zu schützen.

Aber nicht jede Verletzung des religiösen Gefühls durch Gotteslästerung oder Gottesbeschimpfung unterliegt der Bestrafung; nicht die Gefühlsverletzung des

[1]) Rechtsprechung d. Obertribunals in Strafsachen von Oppenhoff Bd. XVIII S. 257; Goltdammers Archiv Bd. XXV S. 221; Stenglein, Zeitschrift für Gerichtspraxis Bd. VI S. 99.

Einzelnen, sondern die mögliche Verletzung des allgemeinen religiösen Bewusstseins ist der Grund des Eintritts der Strafe.

Diese Möglichkeit der Verletzung des religiösen Gefühls der Allgemeinheit bringt das Gesetz mit dem Gebrauche des Wortes »öffentlich« zum Ausdruck, indem es sagt:

»Wer dadurch, dass er öffentlich in beschimpfenden Aeusserungen Gott lästert, ein Aergerniss gibt, wer öffentlich eine der christlichen Kirchen etc. beschimpft, ingleichen wer in einer Kirche oder in einem anderen zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte beschimpfenden Unfug verübt, wird . . . bestraft.

Bezüglich der dritten Handlung des Mischtatbestandes des § 166 hat der Gesetzgeber die Oeffentlichkeit nicht gefordert. Wohl wird aber dem in einem zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte verübten, beschimpfenden Unfug in vielen Fällen die Oeffentlichkeit anhaften, da der Zutritt zu jenen Orten meistens jedermann oder doch wenigstens allen religiös Gleichgesinnten freigegeben und daher häufig die Möglichkeit allgemeiner Wahrnehmung vorhanden sein wird. Aber nur in vielen Fällen, nicht regelmässig, wird die an öffentlichem Orte verübte Handlung selbst öffentlich sein. Dies gilt von sämtlichen drei in § 166 angeführten Handlungen. Die Rechtsirrtümlichkeit einer gegenteiligen Auffassung ist auch in der Praxis anerkannt, indem diese davon ausgeht, dass eine Beschimpfung oder Lästerung Gottes nur dann als öffentlich zu erachten ist, wenn sich die Möglichkeit ihrer Wahrnehmung über einen bestimmten Personenkreis hinaus erstreckt, wenn die Wahrnehmungsmöglichkeit eine allgemeine ist.

In logischer Konsequenz hievon hat die Rechtsprechung[1]) auch daran festgehalten, dass die Anwesenheit einer grösseren Menge von Personen zum Begriffe der Oeffentlichkeit nicht erforderlich ist, dass vielmehr die Zahl der wahrnehmenden Personen gleichgültig bleibt, solange nur die Möglichkeit unbeschränkter Wahrnehmung besteht. So erklärt das Reichsgericht in einem Urteil vom 13. Dezember 1879[2]), dass eine in einem Wirtshause gegenüber nur zwei Personen gemachte Aeusserung — hier Gotteslästerung — als eine öffentlich geschehene beurteilt werden kann. Allerdings ist die fragliche Aeusserung an eine sehr bescheidene Zahl von Personen gerichtet. Allein hierauf, sowie darauf, von wie vielen Personen die Aeusserung tatsächlich vernommen wurde, kommt es nicht an. Sobald die Lästerung oder Beschimpfung in einer Weise geschah, dass sie auch noch von andern Personen gehört werden konnte, und zwar von anderen mit dem Aeussernden in nicht vertrauten engeren Beziehungen stehenden Personen, so ist das Moment der Oeffentlichkeit gegeben. Befand sich vielleicht nur noch eine einzige Person — diese kann sogar der Wirt selbst sein — im Gastlokal und war es für diese möglich, die Aeusserung zu vernehmen, so charakterisiert sich die Aeusserung als öffentliche, denn schon diese einzige Person ist als Repräsentant der Allgemeinheit aufzufassen, soferne sie nicht die eben erwähnten Beziehungen mit dem Täter verknüpfen. Ob diese Person die Aeusserung auch in der Tat

[1]) cf. Dresden 21. IV. 1873 Gerichtszeitung für das Königreich Sachsen von v. Schwarze XVII 123.

[2]) R. G. R. Bd. I S. 144 u. Annalen des Reichsgerichts Bd. I, 227

vernommen hat, ist belanglos. Ebenso bedeutungslos ist der Umstand, dass der Tatort ein öffentlicher, jedermann zugänglicher Ort war. Es wäre vollständig verfehlt, die Oeffentlichkeit der Aeusserung um desswillen anzunehmen, weil die inkriminierten Worte in einer öffentlichen Wirtsstube, zu welcher der Zutritt für eine unbestimmte Mehrheit aus dem Publikum jederzeit freistand, geschehen ist.

In sehr vielen Fällen wird die Zahl der wahrnehmungsbefähigten Personen eine durch äussere Umstände geschlossene, begrenzte sein. Aber aus dieser Geschlossenheit des Personenkreises das Fehlen der Oeffentlichkeit herleiten zu wollen, wäre rechtsirrtümlich. Diesen Standpunkt nimmt auch das Reichsgericht[1]) ein, indem es eine in einem Omnibus, dessen Benützung jedermann, wenn auch gegen Entgelt, freistand, vor den zufällig anwesenden Fahrgästen ausgesprochene Gotteslästerung als eine öffentliche beurteilt. Denn der zufällige Umstand, dass die Zahl der im Wagen anwesenden Fahrgäste eine räumlich begrenzte war und dass der Wagen, als die fragliche Aeusserung fiel, sich gerade im Fahren befand, sodass die Lästerung tatsächlich nur von den Insassen des Wagens gehört werden konnte, ist für die Frage nach dem Vorliegen der Oeffentlichkeit unerheblich. Irgend eine durch den Raum oder andere äussere Umstände bedingte, relative Begrenzung der Wahrnehmbarkeit wird jeder öffentlichen Handlung anhaften. Anders freilich wäre der Fall gelagert, wenn die sämtlichen Insassen des Wagens unter einander in

[1]) R. G. R. Bd. III 167, ferner R. G. R. Bd. IX 151 bezüglich einer in einer Schule ausgesprochenen Gotteslästerung und R. G. E. XXII, S. 241.

engeren persönlichen Beziehungen stehen würden; hier wäre der Ausschluss der Oeffentlichkeit zu bejahen, aber nicht des äusseren räumlichen Abschlusses wegen, der die Wahrnehmungsmöglichkeit für andere als die Mitfahrenden tatsächlich ausschliesst, sondern um der unter jenen bestehenden inneren Beziehungen willen, die die sämtlichen mitfahrenden Personen zu einem geschlossenen Kreise, zu einer Einheit vereinigen.

Dass die allgemeine Wahrnehmungsmöglichkeit im Momente der Lästerung oder Beschimpfung bestehen muss, sei auch hier hervorgehoben. Daher kann dem Umstand, dass die in abgeschlossenem Kreise erfolgte Gotteslästerung nachträglich in die Oeffentlichkeit dringt, d. h. zu Ohren der Allgemeinheit kommt, nicht die Wirkung beigelegt werden, dass er jener Lästerung, bezw. Beschimpfung den Charakter einer öffentlichen aufprägt.[1])

II.

Die öffentliche Quälerei und öffentliche Misshandlung von Tieren.

§ 360 Ziff. 13 R.Str.G.B.

Wie § 166 R.Str.G.B., so ist auch § 360 Ziff. 13 R.Str.G.B. auf den Schutz menschlicher Gefühle gerichtet, indem er dasjenige menschliche Gefühlsleben gegen Verletzung schützen will, das im Mitgefühl für die Tiere sich äussert. Als Mittel der Verletzung bezeichnet das Gesetz die »öffentliche boshafte Quälerei« und die »öffentlich rohe Misshandlung« von Tieren.

[1]) cf. Wahlberg in Holtzendorffs Handbuch d. deutsch. Strafrechts Bd. III S. 266 und v. Schwarze: Kommentar § 166.

Auf die Begriffe »boshafte Quälerei« und »rohe Misshandlung« braucht hier nicht eingegangen zu werden. Aber auch über den Begriff »öffentlich« kann hier ohne jede weitere Ausführung hinweggegangen werden, da für seine Auslegung in § 360 Ziff. 13 das Gleiche gilt wie für § 166.

III.

Oeffentliches Aergernisgeben.

§ 183 R. Str. G. B.

Endlich sei noch der Vorschrift des § 183 R. Str. G. B. gedacht. Auch sie bezweckt Schutz immaterieller Güter, den Schutz des sittlichen Bewusstseins. Sie ist nachgebildet dem § 150 des preussischen Strafgesetzbuchs. Während jenes Gesetz jedoch ein »öffentliches Aergernis« verlangte, d. h. dass die Allgemeinheit, das Publikum, ein Aergernis habe nicht nur nehmen können, sondern tatsächlich genommen habe, fordert das Reichsstrafgesetzbuch, dass durch eine unzüchtige Handlung »öffentlich ein Aergerniss gegeben« werde. Das R. Str. G. B. hat sich mit dieser Ausdrucksweise nicht mehr auf den Standtpunkt gestellt, dass das sittliche Empfinden einer unbestimmten und unbegrenzten Personenzahl wirklich verletzt sein müsse, verlangt also nicht mehr die Oeffentlichkeit des Erfolges der Willensbetätigung, sondern die Oeffentlichkeit der Ursache der Verletzung des sittlichen Bewusstseins, die Oeffentlichkeit der Willensbetätigung.

Der Willensbetätigung haftet die Oeffentlichkeit aber nur dann an, wenn sie nicht nur von einem individuell bestimmten geschlossenen Personenkreise

wahrgenommen werden kann, sondern wenn durch die Art und Weise der Vornahme der Handlung die Möglichkeit geboten wird, dass unbestimmt welche und wie viele Personen von der Willensbetätigung Kenntnis nehmen können.[1]) Auch hier kommt es auf die Zahl der tatsächlich wahrnehmenden Personen nicht an. Selbst wenn die Handlung von niemand bemerkt wurde, obgleich die Möglichkeit allgemeiner Wahrnehmung bestanden hat, bleibt sie dennoch eine öffentliche. Allerdings entfällt die Subsumptionsmöglichkeit unter § 183, da das Tatbestandsmerkmal des »Aergernisgebens« in Wegfall kommt. Denn für das Vorliegen dieses Tatbestandsmerkmales ist stets die tatsächlich erfolgte Wahrnehmung von Seiten mindestens einer Person erforderlich, aber auch genügend.[2])

Auch die Oeffentlichkeit des Ortes der Begehung der Tat kommt für die Beurteilung einer unzüchtigen Handlung als einer öffentlichen, prinzipiell nicht in Frage. Wie eine derartige Handlung an öffentlichem Orte begangen, gleichwohl als nicht öffentlich betrachtet werden kann, so kann jene Handlung, obwohl an nicht öffentlichem Orte vorgenommen, als öffentlich geschehen beurteilt werden. So hat auch das Reichsgericht[3]) in dem Umstande, dass sich eine Frauensperson unzüchtig entblösst an dem offenen Fenster ihrer nach der Strasse zu gelegenen Wohnung zeigte, eine öffentliche unzüchtige Handlung

[1]) Hälschner: Gem. deutsch. Strafrecht Bd. II S. 695; R. G. R. Bd. II. S. 183, Bd. IX S. 627.

[2]) R. G. R. Bd. III, S. 499.

[3]) R. G. E. B'. III 361 cf. auch Goltdammers Archiv Bd. XXII. Seite 600.

erblickt. Obwohl hier die unzüchtige Handlung in der Wohnung der Angeklagten begangen ist, also an einem nicht öffentlichen Orte, kann ohne jeden Rechtsirrtum die Oeffentlichkeit der Handlung angenommen werden, da es nicht auf den Charakter des Begehungsortes ankommt, sondern darauf, dass die Handlung in die Oeffentlichkeit getreten ist, d. h. einer nach Individualität und Zahl unbestimmten Personenmehrheit wahrnehmbar war. Und diese Wahrnehmbarkeit ist eben dadurch gegeben, dass die unzüchtige Handlung der Beobachtung des auf der Strasse verkehrenden Publikums sowie der Wahrnehmung der Bewohner der angrenzenden Häuser von den Fenstern ihrer Wohnung aus unterlag.

III. Abschnitt.

Die Oeffentlichkeit begründet in dem faktischen Verhältnis des menschlichen Zusammenlebens.[1])

§ 10.

I.

Die öffentliche Ordnung.

§§ 123—145a, 361 Ziffer 6.

Eine beträchtliche Zahl von Rechtsgütern lässt eine Zusammenfassung zu einem höheren Begriffe, eine Subsumption unter einen solchen zu, wobei sodann der höhere Begriff gleichfalls Rechtsgutscharakter trägt. Eine derartige Zusammenfassung zu

---

[1]) cf. R. G. E. Bd. I. S. 357.

einem höheren Rechtsgute ist grundsätzlich nicht zu verwerfen, solange sich diese auf Rechtsgüter von im wesentlichen gleicher Art erstreckt. Wird aber diese Grenze überschritten und versucht, Güter ganz verschiedener Art zu einem Gesamtbegriffe zu vereinigen, so bedeutet dies stets eine wunde Stelle des in Frage kommenden Gesetzes. Ein Gesamtgut aber kann durch eine solche Vereinigung nie und nimmer entstehen.[1])

Gleichwohl spielt, wie Binding a. a. O. sich ausdrückt, manch solches Aftergut in unsern positiven Quellen seine Rolle: »Ein Vogel, der sich mit fremden Federn nicht nur schmückt, sondern daraus zusammengesetzt ist.«

Unter diese »Aftergüter« gehört auch der Begriff der »öffentlichen Ordnung«. Diese besteht nach den §§ 123—145 a wie Binding a. a. O. ausführt, darin, dass »so und so viele Verbrechen nicht geschehen, dass der Hausfrieden, dass Personen und Sachen, die Achtung vor Staatseinrichtungen oder Anordnungen der Obrigkeit, der Staat, amtlich aufbewahrte Urkunden, Register, Akten etc. nicht verletzt oder gefährdet werden.« Handlungen gegen die verschiedenartigsten Rechtsgüter fasst also das R.Str.G.B. im siebenten Abschnitt des zweiten Teils unter dem Titel »Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung« in einem gemeinsamen Rahmen zusammen.

Dieser gemeinsame Rahmen selbst aber — die öffentliche Ordnung — ist kein strafrechtlicher Begriff.

Da aber das Reichsstrafgesetzbuch den Begriff der öffentlichen Ordnung nicht nur hinsichtlich der

[1]) cf. Binding: Normen S. 352.

§§ 123—145a als Sammelbegriff verwendet, sondern in § 361 Ziff. 6 sogar als Tatbestandsmerkmal aufstellt, so kann er, trotzdem er dem Strafrechte eigentlich nicht angehört, an dieser Stelle doch nicht vollständig übergangen werden.

Wie man unter Ordnung im Leben des Einzelnen den ungestörten Zustand, den gleichmässigen Verlauf der Lebensverhältnisse der Einzelperson versteht, so versteht man unter »öffentlicher Ordnung« den ungestörten Verlauf des Lebens der Allgemeinheit. Wenn auch nicht bestritten werden kann, dass an und für sich jede Straftat das soziale Zusammenleben beeinträchtigen kann, in sofern sich also jede Straftat gegen die öffentliche Ordnung richten kann, so sind doch die in den §§ 123—145 a aufgezählten Verbrechen und Vergehen nach Ansicht des Gesetzgebers vorzugsweise dazu geeignet den regelmässigen Gang des Lebens der Allgemeinheit, das ungetrübte Nebeneinanderleben der Angehörigen der menschlichen Gesellschaft zu stören und von diesem Standpunkte aus rechtfertigt sich wenigstens einigermassen die Zusammenfassung derselben unter dem gleichwohl nicht zu billigenden Sammeltitel.

Wann eine Störung der öffentlichen Ordnung vorliegt, ist stets Frage der Auslegung im konkreten Falle. Nur das lässt sich allgemein sagen, dass jede Beunruhigung oder Belästigung des Publikums eine Verletzung der öffentlichen Ordnung in sich schliesst. Es ist keineswegs erforderlich, dass die der öffentlichen Ordnung zuwiderlaufende Handlung sich direkt gegen das Publikum richtet, sie kann vielmehr nur in der Richtung auf eine Einzelperson erfolgen, gleichwohl aber sich als Störung der öffentlichen Ordnung

charakterisieren. So kann die öffentliche Ordnung durch einen Angriff auf der für jedermann freigegebenen Strasse auch dann gestört werden, wenn sich dieser Angriff auch nur gegen eine einzelne Person richtet. Denn an der Sicherheit der Strasse, die durch einen solchen Angriff gefährdet wird, sind nicht nur diejenigen Personen interessiert, die sich im gegebenen Augenblick am Angriffsorte befinden, sondern das Publikum schlechthin, das auf die Benutzung der Strasse angewiesen ist, sodass ein hier erfolgender Angriff auch eine Beunruhigung der Allgemeinheit nach sich ziehen kann und auch in der Regel nach sich ziehen wird. Aber selbst wenn eine Beunruhigung nur bei den sich auf der Strasse befindenden, den Angriff zufällig wahrnehmenden Passanten eintreten sollte, ist die öffentliche Ordnung durch die Tat betroffen, da eben jene Einzelpersonen als Repräsentanten des Publikums anzusehen sind.[1]) Anders freilich, wenn diese in durch vorausgegangene Verabredung oder durch stillschweigende Vereinbarung geschaffenen Beziehungen zum Angreifer stehen.

Gefährdet wird die öffentliche Ordnung durch jede Handlung, die in ihrer Wirkung einen Rückschlag auf das Sicherheitsbewusstsein der Allgemeinheit auszuüben im Stande ist. Daher liegt eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit vor, wenn z. B. zu befürchten steht, dass sich das Publikum im Sitzungssaale Gewalttätigkeiten gegen die Richter werde zu schulden kommen lassen.

[1]) cf. R.G.E. V, S. 300.

II.

Der öffentliche Anstand.

§ 361 Ziffer 6 R. Str. G. B.

Im gleichen Paragraphen, in welchem die öffentliche Ordnung zum Tatbestandsmerkmal erhoben ist, erwähnt das Gesetz auch des »öffentlichen Anstandes«.

Auch für die Auslegung dieses Begriffes lässt sich keine feste Grenze ziehen. Nicht durch die Anschauungen und Meinungen einzelner Personen, auch nicht einzelner Personenkreise wird dieser Begriff geprägt, sondern durch die Anschauungen und Sitten der Allgemeinheit. Gleichsam durch stillschweigenden Vertrag wird festgesetzt, was im Umgange mit den Mitmenschen als recht und anständig, was als anstössig und als Verletzung des Anstandsgefühls zu erachten ist.

Welches die allgemeine Anschauung ist, ist vom Standpunkte strengster Objektivität aus festzustellen unter Ausserachtlassung subjektiver Gefühle und Empfindungen des Urteilenden, unter Ausserachtlassung bestehender Vorurteile und übertriebener Feinfühligkeit auf der einen Seite, laxer Auffassungen auf der andern Seite.

Was speziell den Begriff des öffentlichen Anstands in § 361 Ziffer 6 betrifft, so sind darunter nicht nur ausschliesslich jene Anforderungen zu verstehen, deren Wahrung nach Anschauung der Allgemeinheit bei geschlechtlichen Vorgängen zu erfolgen hat, sondern der öffentliche Anstand wird stets dann als verletzt anzusehen sein, wenn eine Person, welche nach § 361 Ziff. 6 nur weiblichen Geschlechts sein kann, sich in einer Weise geriert, dass ihr Verhalten in Widerspruch zu dem tritt, was das Publikum als

passend und anständig erachtet, wobei jenes Benehmen der Frauensperson in keiner Beziehung zum Geschlechtsleben zu stehen braucht.

III.

Das öffentliche Wohl.

§ 25 R. Str. G. B.

Im engen Zusammenhange mit dem Begriffe der öffentlichen Ordnung, steht auch der Begriff des »öffentlichen Wohls«.

Auch hier ist die Oeffentlichkeit so zu fassen, dass nicht das Wohl einzelner Personen, auch nicht einzelnen Personenkreise und Personenverbände massgebend ist, sondern das Wohl der Allgemeinheit.

Inwieweit das Vorliegen der Oeffentlichkeit zu bejahen ist, wenn es sich um das Wohl einzelner Volksklassen oder eines Teiles der nach äusseren Merkmalen, z. B. Grundbesitz oder Gewerbe, abgegrenzten Bevölkerung handelt, kann nur nach der Gestaltung des Einzelfalles beantwortet werden. Wohl wird in den meisten Fällen dieser Art auch das Wohl der Allgemeinheit, wenn vielleicht auch nur indirekt, in Frage stehen, allein allgemein gültige Gesichtspunkte können hier nicht aufgestellt, feste Grenzen nicht gezogen werden.

§ 11.

I.

Der öffentliche Friede.

§§ 126, 130, 130 a R. Str. G. B.

In zweifacher Weise geniesst das Rechtsgut des öffentlichen Friedens strafrechtlichsn Schutz, indem

sowohl seine Störung als auch seine Gefährdung krimineller Ahndung unterliegt. Wie sein Schutz ein zweifacher ist, so ist auch seine Bedeutung eine doppelte, denn der Begriff des öffentlichen Friedens kann einerseits objektiv, andrerseits subjektiv gefasst werden.

Objektiv ist der öffentliche Friede die schützende Macht der in der Rechtsordnung verkörperten Staatsgewalt, subjektiv ist er das Vertrauen der Rechtsgenossen in diese Macht, das Vertrauen in den ungestörten Fortbestand der Rechtsordnung, das Bewustsein des Volkes in seinen berechtigten Interessen genügend geschützt zu sein und geschützt zu bleiben.[1])

Das Reichsstrafgesetzbuch verwertet diesen Begriff sowohl in objektiver wie subjektiver Bedeutung. In letzterem Sinne hat er Verwendung gefunden in § 126, in ersterem Sinne in § 130 und § 130 a R.-Str. G. B.

Wenn hiegegen eingewendet wird, es könne dem Willen des Gesetzgebers nicht entsprechen, dass dieser Begriff in zweifacher Weise interpretiert werde, dass gegen eine solche Doppelinterpretation die räumliche Nähe jener Gesetzesbestimmungen und der innere Zusammenhang der in Frage stehenden Paragraphen spreche, so mag zugegeben werden, dass es befremdend und bedenklich erscheinen muss, einen und denselben Begriff in doppelter Bedeutung, deren eine sich ohne Mühe durch Gebrauch anderweitiger Worte zum Ausdrucke bringen liesse, gebraucht zu sehen.

[1]) cf. Geyer: Grundriss zu Vorlesungen über d. gem. deutsche Strafrecht Bd. II, S. 94; v. Liszt: Lehrbuch d. d. Str. Rechts S. 564 (14. und 15. Aufl.). Meyer-Allfeld: Lehrb. d. d. Strafrechts S. 585.

Allein jene oben dargelegte Auslegung des Begriffes »öffentlicher Friede« im Reichsstrafgesetzbuche beruht nicht auf Willkür, sondern die Fassung und zum Teil auch die Entstehungsgeschichte jener Paragraphen zwingen zu einer derartigen Auffassung.

§ 126 besagt: »Wer durch Androhung eines gemeingefährlichen Verbrechens den öffentlichen Frieden stört.« Der Gebrauch des Wortes »Androhung« deutet nun darauf hin, dass in § 126 der Begriff des öffentlichen Friedens einzig und allein in subjektivem Sinne gefasst werden kann. Denn wollte man unter öffentlichem Frieden hier die schützende Macht der Staatsgewalt verstehen, so würde sich wohl, wenn überhaupt je, nur sehr schwer ein Fall finden lassen, in dem diese Macht der Staatsgewalt durch eine Androhung gestört werden könnte. Man wird vielmehr sagen müssen, dass eine Drohung nicht dazu geeignet sein wird, den objektiven Rechtsfrieden, die die Rechtsordnung aufrecht erhaltende Staatsgewalt zu stören, sondern sich stets gegen Gefühle und Empfindungen, mithin gegen subjektive Momente richten wird. Diese subjektiven Momente bestehen aber in dem Vertrauen zur schützenden Rechtsordnung, in dem Bewusstsein der Rechtssicherheit. Nur in diesem Sinne kann der Begriff der öffentlichen Friedens in § 126 gebraucht sein.

Dagegen spricht die Stellung, sowie die Fassung des § 130 »wer in einer, den öffenlichen Frieden gefährdenden Weise verschiedene Klassen der Bevölkerung zu Gewalttätigkeiten gegen einander öffentlich anreizt«, dafür, in dieser Gesetzesbestimmung unter öffentlichen Frieden den durch die Staatsgewalt gesicherten Zustand rechtlicher Ordnung zu verstehen,

den Begriff »öffentlicher Friede« also in objektivem Sinne zu nehmen. Die Stellung des erwähnten Paragraphen spricht insoferne für jene Annahme, als sich die Bestimmung des § 130 unmittelbar an Vorschriften anreiht, denen der Gedanke zugrunde liegt, nicht das Sicherheitsbewusstsein, sondern die Grundlage desselben, die Basis, auf welcher jenes Bewusstsein ruht, die Rechtsordnung selbst zu schützen.

Noch deutlicher aber weist die Fassung des § 130 auf den Willen des Gesetzgebers hin, den Begriff des öffentlichen Friedens hier in objektivem Sinne gefasst zu sehen. Denn wenn auch durch die öffentliche Anreizung verschiedener Klassen der Bevölkerung zu Gewalttätigkeiten nicht gerade das öffentliche Sicherheitsbewusstsein gestört werden muss, so bringt es doch gerade die Oeffentlichkeit der Anreizung mit Notwendigkeit mit sich, dass jenes Bewusstsein einer Gefährdung unterlieg. Jede öffentliche Anreizung verschiedener Bevölkerungsklassen zu Gewalttätigkeiten birgt eine Gefährdung des allgemeinen Sicherheitsbewusstseins in sich. Wenn dies aber der Fall, so erhellt, dass die Worte des § 130 »in einer, den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise« entweder überflüssig sind oder einer andern als der Auslegung in subjektivem Sinne bedürfen. Da man aber nicht ohne zwingenden Grund annehmen kann, dass der Gesetzgeber ohne Vorbedacht jene Worte in die Fassung des § 130 einfügte, so bleibt nur der zweite Weg, nach einer andern von der subjektiven Bedeutung des Begriffes öffentlicher Friede abweichenden Auffassungsmöglichkeit zu forschen. Das Ergebnis solchen Forschens muss aber im Zusammenhalte mit der Stellung des in Frage stehenden

Paragraphen die Fassung jenes Begriffes im objektiven Sinne sein.

Bezüglich des § 130a endlich weist nicht nur dessen Fassung, sonderu insbesondere dessen Entstehungsgeschichte darauf hin, dass unter öffentlichen Frieden hier nichts anderes als die schützende Macht der Rechtsordnung verstanden werden kann und soll. Die Entstehung der erwähnten Gesetzesbestimmung fällt in die Zeit des Kulturkampfes, in eine Zeit, in welcher Staat und Kirche in heftigster Fehde lagen. Der Grund für die Aufnahme jener Vorschrift in das R. Str. G. B. aber war, dem staatsgehässigen Auftreten der Geistlichkeit, die unter Missbrauch ihrer Stellung von der Kanzel herab das Ansehen der Regierung und des Staates zu schädigen suchte und damit den Bestand der Rechtsordnung gefährdete, zu steuern. Der Zweck des § 130a ist sohin in keiner Weise der Schutz des Sicherheitsbewusstseins, sondern der Schutz der staatserhaltenden Rechtsordnung; nicht die Gefährdung jenes Bewusstseins, sondern die Gefährdung der staatlichen Ordnung hat der Gesetzgeber im Auge, wenn er von einer Gefährdung des öffentlichen Friedens spricht.

Wie schon in Kürze angedeutet, ist der öffentliche Friede in objektivem Sinne, also der durch die Staatsgewalt und ihre Organe gesicherte Zustand rechtlicher Ordnung der menschlichen Gesellschaft, die Grundlage des öffentlichen Friedens in subjektivem Sinne. Aus ersterem entspringt bei der Bevölkerung das Bewusstsein der Rechtssicherheit, das die notwendige Voraussetzung der freien ungehinderten Betätigung jedes Einzelnen innerhalb seiner Rechtssphäre bildet. Jenes Sicherheitsbewusstsein ist mithin

die Folge des für gesichert erachteten Friedenszustandes. Die Annahme Olshausens,[1]) beide seien identisch, wird schon dadurch widerlegt, dass einerseits das Sicherheitsbewusstsein gestört sein kann, ohne dass jener Friedenszustand selbst eine Störung erfahren hätte, wenn z. B. eine Bedrohung nicht ernstlich gemeint, vielmehr nur mutwilligerweise erfolgt war, andrerseits der Bestand der Rechtsordnung gefährdet sein kann, obwohl die Bevölkerung sich in ihrem Vertrauen auf die schützende Macht der Rechtsordnung in keiner Weise gestört findet, etwa weil ihr die drohende Gefahr unbekannt blieb.[2])

Während § 126 eine Störung des öffentlichen Friedens verlangt, genügt in den Fällen der §§ 130 und 130a bereits die Gefährdung des öffentlichen Friedens. Gestört ist der öffentliche Friede im Sinne des § 126 dann, wenn das Sicherheitsbewusstsein mindestens bei einem Teile [3]) der Bevölkerung erschüttert ist, sodass sich die Störung des Einzelnen in seinem Vertrauen auf die Rechtsordnung noch nicht als Störung des öffentlichen Friedens kennzeichnet.[4]) Eine Gefährdung des öffentlichen Friedens im objektiven Sinne dagegen erfolgt einerseits durch alle die äussere Existenz des Gemeinwesens und die äussere Rechtsordnung gewaltsam erschütternden Angriffe, andrerseits aber auch durch alle das Vertrauen in den Bestand dieser Ordnung innerlich in den Gemütern untergrabenden, zerstörenden Aufreizungen.[5])

---

[1]) Olshausen: Kommentar § 130 Nr. 35.
[2]) Hälschner Lehrb. d. gem. deutsch. Strafrechts Bd. II S. 507.
[3]) R. G. E. Bd. VII S. 393, Bd. XV S. 116.
[4]) Ebenso Rüdorff-Stenglein (1880) Kommentar S. 343.
[5]) R. G. E. Bd. XVIII S. 314.

II.

Die öffentliche Meinung.
§§ 186, 187, 189 R. Str. G. B.

Wenn das Gesetz in den §§ 186, 187, 189 R. Str.-G. B. von dem Begriffe der »öffentlichen Meinung« spricht, so ist darunter zunächst ohne Zweifel die Anschauung der Gesamtheit der Rechtsgenossen zu verstehen. Allein der Begriff der öffentlichen Meinung wäre zu eng genommen, wollte man als solche nur die Meinung der gesamten Bevölkerung anerkennen. Nur in den seltensten Fällen, wenn überhaupt je, wird die Ansicht aller Volksgenossen die gleiche sein, sie wird wechseln je nach dem Bildungsgrade des Einzelnen und der sittlichen Höhe, auf welcher der Einzelne steht. Daher ist der Begriff der öffentlichen Meinung dahin aufzufassen, dass dieselbe gebildet wird durch die Anschauung eines grösseren, sich aus unbestimmt welchen und wie vielen Personen zusammensetzenden Kreises. Ist eine Tatsache geeignet in der Meinung eines solchen unbestimmten, grösseren Teiles der Bevölkerung herabzuwürdigen, so ist ihre Eignung zur Herabwürdigung in der öffentlichen Meinung gegeben. Den Gegensatz zur öffentlichen Meinung bildet die Anschauung bestimmter einzelner Personen, oder bestimmter abgegrenzter Personenkreise, deren Angehörige durch engere persönliche Beziehungen als zu einem Ganzen verbunden, die Allgemeinheit zu repräsentieren nicht imstande sind. Wann eine Tatsache geeignet ist, in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen, ist Gegenstand tatsächlicher Feststellung und unterliegt der Beurteilung von Fall zu Fall.

§ 12.

I.

Oeffentlicher Zweck.

§§ 317, 318, 318a, 320, 355 R.Str.G.B.

Das Zusammenleben der Menschen bringt es mit sich, dass die Verhältnisse des Lebens stets verwickelter, die Bedürfnisse stets manigfacher werden. Eben dieses Zusammenleben legt aber auch den Gedanken nahe, die Befriedigung all seiner Bedürfnisse nicht mehr ausschliesslich dem Einzelnen zu überlassen, sondern bestimmten Bedürfnissen, die der Allgemeinheit gemeinsam sind und die zugleich der Einzelne gar nicht oder nur höchst ungenügend befriedigen könnte, durch gemeinsame Einrichtungen zu genügen. Dieser Entwicklung in der Bedürfnisbefriedigung hat der Begriff »öffentlicher Zweck« seine Entstehung zu verdanken. An fünf Stellen hat der Gesetzgeber denselben zum Tatbestandsmerkmale erhoben. »Zu öffentlichen Zwecken dienende Telegraphen-Anlagen*) (Rohrpostanlagen) bezw. Anstalten« ist die Ausdrucksweise des Gesetzes.

Wie sich schon aus obigen einleitenden Worten ergibt, liegt irgend einer Einrichtung ein öffentlicher Zweck dann zugrunde, wenn nicht nur einzelne Personen oder einzelne Personenkreise an ihr interessiert sind, sondern das Interesse der Allgemeinheit davon berührt wird. Diese Allgemeinheit aber wird gebildet durch eine in ihrer Zusammensetzung und Zahl unbestimmte Mehrheit der Rechtsgenossen.

*) Unter Telegraphenanlagen sind kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift (§ 318a Abs. 2 Str.G.B.) Fernsprechanlagen mitbegriffen.

Unter zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanlagen bezw. -Anstalten sind daher vor allem solche zu verstehen, die zum öffentlichen, d. h. allgemeinen Gebrauche dienen, somit dem Publikum zugänglich sind. Ob dieser Gebrauch in unentgeltlicher Weise erfolgen kann, oder nur gegen Entgelt gewährt wird, ist vollständig gleichgültig, soferne nur der Allgemeinheit die Möglichkeit der Benutzung der Anlage oder Anstalt verbleibt.

Aber hiemit ist der in Frage stehende Begriff noch nicht erschöpft. Der Umstand nämlich, dass das Reichsstrafgesetzbuch sich nicht der Ausdrucksweise des Entwurfs eines Bremischen Strafgesetzbuchs von 1868, der in § 500 von zum »öffentlichen Gebrauche« bestimmten Telegraphenanstalten spricht, anschliesst, weist darauf hin, dass der Gesetzgeber nicht nur die der Benutzung durch das Publikum offen stehenden Anlagen *) im Auge hat, sondern in weiterer Ausdehnung alle Telegraphenanlagen, die dem Interesse der Allgemeinheit dienen, also auch diejenigen, welche für die Benutzung in öffentlichen Angelegenheiten bestehen, ohne dem Gebrauche durch das Publikum freigegeben zu sein.[1]) Hätte das Strafgesetzbuch den Ausdruck »zum öffentlichen Gebrauche bestimmte Telegraphenanstalten« gewählt, so könnte kein Zweifel darüber bestehen, dass solche Anstalten resp. Anlagen, die nur zur Benutzung in öffentlichen Angelegenheiten, in Angelegenheiten des Staates oder anderer derartiger korporativer Verbände unter Aus-

*) In Folgenden soll nur mehr von zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanlagen gesprochen werden. Das diesbezüglich Ausgeführte gilt auch für die öffentlichen Zwecken dienenden Telegr.-Anstalten.

[1]) cf. Binding in Seufferts Blättern f. Rechtsanwendung Bd. 69 S. 284

schluss des allgemeinen Gebrauchs bestimmt sind, des strafrechtlichen Schutzes der eingangs erwähnten Paragraphen entbehren müssten. Würde sich der Gesetzgeber dagegen der Bezeichnung »öffentliche Telegraphenanlage« bedient haben, so hätte auch diese Ausdrucksweise begründete Zweifel darüber entstehen lassen, ob darunter nur Anlagen öffentlich-rechtlicher Korporationen, des Staates oder anderer Kommunalverbände zum Zwecke der Benutzung in öffentlichen Angelegenheiten oder auch solche, welche der Benutzung durch die Allgemeinheit offen stehen, verstanden sein sollten.

Indem das Strafgesetzbuch von zu »öffentlichen Zwecken dienenden Anlagen« spricht, legt es durch diese Ausdrucksweise den Schluss nahe, dass einerseits diejenigen Telegraphenanlagen gemeint sind, welche dem allgemeinen Gebrauche freigegeben sind, andrerseits aber auch all jene, welche zwar dem allgemeinen Gebrauche verschlossen sind, aber doch für den Gebrauch in Angelegenheiten der im Staate verkörperten Allgemeinheit bestehen.[1])

Aus dem Umstande, dass eine Telegraphenanlage schon dadurch zu einer öffentlichen Zwecken dienenden Anlage wird, dass sie dem Gebrauche des Publikums eröffnet ist, ist die weitere Folgerung zu ziehen, dass eine solche Anlage keineswegs notwendig im Eigentum öffentlich-rechtlicher Korporationen stehen muss, sondern ebensogut Privateigentum sein kann.[2]) Die Staatseigentums- oder Privateigentumseigenschaft hat solange keine Bedeutung, als die Tatsache der

---

[1]) a. M. Dambach, Telegraphenstrafrecht.

[2]) cf. Goltdammers Archiv f. Strafrecht Bd 51 S. 50.

Möglichkeit allgemeinen Gebrauchs der Anlage besteht. Entfällt allerdings diese Möglichkeit, so verlieren auch die im Privateigentum stehenden Telegraphenanlagen den Charakter von öffentlichen Zwecken dienenden Anlagen, soferne sie nicht etwa noch in anderer Weise dem allgemeinen Interesse dienen, indem ihr Gebrauch vielleicht in Fällen, in denen es sich um öffentliche Angelegenheiten handelt, den Staatsorganen zusteht. Die im Staatseigentum befindlichen Anlagen dagegen werden auch bei Wegfall allgemeiner Gebrauchsmöglichkeit in der Regel noch als öffentlichen Zwecken dienend zu erachten sein, da sie meistens die Bestimmung in sich tragen werden, in Angelegenheiten, welche das Interesse der staatlich organisierten Allgemeinheit berühren, zur Verwendung zu gelangen. Zwar ergiebt sich dies nicht mit Notwendigkeit aus dem Staatseigentumscharakter, wird aber tatsächlich in den meisten Fällen mit Rücksicht auf den Zweck aller staatlichen Einrichtungen anzunehmen sein. Die Fälle, in denen der Staat als Eigentümer von Telegraphenanlagen diese nicht im Interesse der Allgemeinheit verwendet, dürften — dass sie vorkommen können, kann nicht in Abrede gestellt werden; man denke an den Fall, dass der Staat eine Telegraphenanlage vielleicht aus finanzpolitischen Gründen zu Privatzwecken verpachtet — sehr vereinzelt sein.

Dass eine Telegraphenanlage unmittelbar dem Nutzen und Interesse der Allgemeinheit dient, ist nicht Voraussetzung für die Annahme, dass sie überhaupt öffentlichen Zwecken dient. Vielmehr wird diese Beziehung auf das allgemeine Interesse in sehr vielen Fällen nur in indirekter Weise, nur auf mittel-

barem Wege, Platz greifen. Von diesem Gesichtspunkte aus ist auch eine Telegraphenanlage, welche unmittelbar und hauptsächlich für den Zweck der Regelung des Eisenbahndienstes besteht, gleichwohl auch als öffentlichen Zwecken dienend anzusehen. Denn es besteht für die Allgemeinheit ein hervorragendes Interesse an ihnen, insoferne, als sie zur Aufrechterhaltung der Ordnung im Fahrbetriebe und zur Sicherung des reisenden Publikums beinahe als unentbehrlich erscheinen.[1]) Desgleichen dienen auch jene Telegraphenanlagen öffentlichen Zwecken, welche für den inneren Dienst in öffentlichen Gebäuden bestimmt sind. Wie alle staatlichen Einrichtungen, so sind auch diese Anlagen in letzter Linie im Interesse der im Staate verkörperten Allgemeinheit der Rechtsgenossen vorhanden.

Zweifelhaft möchte auf den ersten Blick der Fall erscheinen, dass einer öffentlichen Telephonanlage eine private Anlage angeschlossen wird. Denn der Anschluss an die öffentliche Anlage pflegt zunächst doch im Interesse des einzelnen Privaten, der den Anschluss herstellen lässt, zu geschehen. Da aber durch solchen Anschluss auch der Allgemeinheit, dem Publikum, die Möglichkeit geschaffen wird, mit dem Privaten in beliebigen Verkehr zu treten, so kann nicht bestritten werden, dass sie als dem Interesse des Publikums dienstbar, unter die Zahl der zu öffentlichen Zwecken dienenden Telephonanlagen fällt. Daher hat auch das Reichsgericht eine an eine öffentliche Fernsprechleitung angeschlossene private Anlage als eine öffentlichen Zwecken dienende erklärt.[2])

[1]) cf. Oppenhoff: Strafgesetzbuch § 317 Anm. 2.

[2]) R.G.E. Bd. XXIX S. 244.

II.

Oeffentlicher Nutzen.

§ 304 R. Str. G. B.

Sehr nahe an den Begriff des »öffentlichen Zweckes« streift der des »öffentlichen Nutzens«. In vielen Fällen wird sich sogar keine Grenze zwischen den beiden Begriffen ziehen lassen, werden beide Begriffe in einander übergehen, indem ein Gegenstand, welcher dem öffentlichen Nutzen dient, zugleich auch einem öffentlichen Zwecke dienstbar ist und umgekehrt dadurch, dass ein Gegenstand einem öffentlichen Zwecke dient, eben hiemit auch ein öffentlicher Nutzen verfolgt wird.

Nur an einer Stelle erwähnt das Strafgesetzbuch ausdrücklich des »öffentlichen Nutzens«, nämlich in § 304, wo es die vorsätzliche und rechtswidrige Beschädigung oder Zerstörung von Gegenständen, welche dem öffentlichen Nutzen dienen, als besonders strafwürdige Sachbeschädigung hervorhebt.

Unter »öffentlichen Nutzen« nun will das Gesetz nichts anderes verstanden wissen, als den Nutzen des Publikums, den Nutzen einer nicht bestimmt nach Individualität und Zahl abgegrenzten Personenmehrheit. Alles, was die Wohlfahrt des Publikums hebt, die allgemeinen Interessen fördert, kurz für die Allgemeinheit Vorteil bringt, dient dem öffentlichen Nutzen. Dagegen kann von öffentlichem Nutzen nicht gesprochen werden, wenn es sich nur um den Vorteil einzelner bestimmt umgrenzter Personenkreise oder gar nur bestimmter einzelner Personen handelt.

Worin gerade der Nutzen, den die Allgemeinheit aus den betreffenden Gegenstande zieht, besteht ist gleichgültig. Er braucht keineswegs materieller

Art zu sein, er kann sehr wohl auch immaterieller Natur sein. Sehr häufig wird sogar das letztere der Fall sein. So bietet ein Wegezeichen zweifellos der Allgemeinheit Vorteil. Aber kein materieller, in Zahlen ausdrückbarer Vorteil ist hier dem Publikum gewährt, sondern der Nutzen darin bestehend, dass das Publikum in die Lage versetzt wird, sich zu orientieren, ist rein immaterieller Art. Wohl niemand wird deshalb, weil der gewährte Vorteil nicht etwas in Geld ausdrückbares darstellt, im Ernste behaupten wollen, dass es sich nicht um Gewährung eines Nutzens und zwar eines öffentlichen Nutzens hier handle.

Als Gegenstände, welche dem öffentlichen Nutzen dienen, sind zunächst alle jene Gegenstände zu erachten, welche dem allgemeinen Gebrauche freigegeben sind. Ein Gegenstand, dessen Benutzung in das Belieben des Publikums gestellt ist, z. B. ein Brunnen, aus dem Wasser zu schöpfen allgemein erlaubt ist, dient ohne Zweifel dem Interesse, dem Nutzen der Allgemeinheit, also öffentlichem Nutzen. Aber es wäre rechtsirrtümlich, hiemit den Kreis der dem öffentlichen Nutzen dienenden Gegenstände als geschlossen zu betrachten. Dem öffentlichen Nutzen dienen vielmehr auch alle jene Gegenstände, welche, ohne dass sie dem allgemeinen Gebrauche unterliegen, irgend eine Beziehung auf den Nutzen des Publikums haben. Von diesem Standpunkte aus sind auch Bäume und Sträucher öffentlicher, d. h. jedermann zugänglicher Anlagen als dem öffentlichen Nutzen dienend anzusehen, indem sie den Passanten Kühlung, Schatten und Augenweide gewähren.[1])

[1]) R. G. E. Bd. IX S. 26, V S. 318.

Darauf, wem das Eigentum an derartigen Gegenständen zusteht, kommt es nicht an. Ebenso wie eine vom Staate angelegte und in dessen Eigentum stehende Baumanlage dem Nutzen des Publikums dienstbar sein kann, ohne dass jedoch der Staatseigentumscharakter diese Eigenschaft notwendig nach sich zöge, so kann auch eine von Privaten hergestellte und diesen eigentümlich zustehende Baumanlage der Allgemeinheit zum Vorteil gereichen. Doch ergibt sich aus der Natur der Sache, dass beim Staatseigentum der Nutzen der Allgemeinheit mehr in den Vordergrund tritt, als beim Privateigentum, da es ja bei allen Einrichtungen des Staates dessen Aufgabe ist und bleiben muss, die Allgemeinheit zu neuem Fortschritte zu befähigen, ihr zu nützen, während bei Privateinrichtungen diese Tendenz mangelt.

Um von einem Gegenstande sagen zu können, dass er zum öffentlichen Nutzen dient, ist keineswegs erforderlich, dass er zu diesem Zwecke auch bestimmt sei. Massgebend ist vielmehr der tatsächliche Zustand, vermöge dessen eine Sache zum öffentlichen Nutzen dient, soferne nur dieses tatsächliche dienen sich nicht als ein rein zufälliges von jedem menschlichen Bewusstsein und Willen ganz unberührt gebliebenes darstellt.[1]) Mithin wäre es verfehlt, bei der Beurteilung der Frage, ob ein Gegentand dem öffentlichen Nutzen dient, das entscheidende Gewicht auf die Zweckbestimmung des betreffenden Gegenstandes zu legen.

Häufig wird es vorkommen, dass ein Gegenstand dem öffentlichen Nutzen nur nebenbei, vorwiegend

[1]) R.G.E. Bd. XXXIV, S. 1.

dagegen privaten Zwecken z. B. Erwerbszwecken dienen wird. Allein dieses Dienen zu Privatzwecken kann, wenngleich der öffentliche Nutzen hier sozusagen nur eine Begleiterscheinung ist, die Eigenschaft des Gegenstandes als eines zum öffentlichen Nutzen dienenden, nicht ausschliessen.[1]) Von dieser Ansicht ausgehend hat das Reichsgericht[2]) einen einer Privatgesellschaft gehörigen Motorwagen, dessen Betrieb auf die Erzielung möglichst hohen Gewinnes gerichtet war und der zu diesem Zwecke mit der Beförderung des Publikums sich befasste, als einen zum öffentlichen Nutzen dienenden Gegenstand erklärt. Wenngleich die Gesellschaft mit dem Betriebe des Motorwagens vor allem Erwerbszwecke verfolgte, so bot der Wagen dadurch, dass er dem Publikum gegen Entgelt zur Verfügung stand, doch auch diesem Vorteile, bestehend in jederzeitiger rascher Beförderung. Es wäre zweifellos irrtümmlich, hier das Vorliegen öffentlichen Nutzens verneinen zu wollen. Niemand wird es versuchen, bezüglich der Staatseisenbahnen zu behaupten, dass sie nicht zum öffentlichen Nutzen dienen, und zwar in hervorragendem Masse das öffentliche Interesse fördern. Und doch liegt hier der Fall ganz ähnlich, wie in dem eben bezeichneten. Auch die Staatseisenbahnverwaltung trachtet darnach, durch den Betrieb der Eisenbahnen Einnahmen zu gewinnen. Wenn auch bei den staatlichen Eisenbahnen das Wohl des Landes, der Nutzen der Allgemeinheit, die Hauptrichtschnur für den Betrieb bildet und bilden muss, das fiskalische Interesse dagegen erst in zweiter Linie in Betracht zu kommen hat, während beim Betriebe

[1]) R. G. E. Bd. V S. 319.
[2]) R. G. E. Bd. XXXIV S. 1.

eines Beförderungsmittels durch eine Privatgesellschaft der öffentliche Nutzen gegenüber dem finanziellen Interesse der Gesellschaft in den Hintergrund tritt, so kann diese Umkehrung der Verhältnisse an der Beurteilung der Sachlage nichts ändern. In beiden Fällen bleibt die Tatsache, dass das Beförderungsmittel zum öffentlichen Nutzen dient, bestehen.

Doch hat man sich davor zu hüten, den Begriff des öffentlichen Nutzens allzuweit auszudehnen. Denn bei allzu weiter Spannung dieses Begriffes liesse sich schliesslich bei den meisten Gegenständen ein Moment finden, das für die Annahme spräche, ein Gegenstand diene zum öffentlichen Nutzen, stehe zur Allgemeinheit in fördernder Beziehung. Eine solche Ausdehnung entspricht nicht der Absicht des Gesetzes. Es ist vielmehr daran festzuhalten, dass die öffentliche Nützlichkeit nicht rein objektiv gefasst werden darf, so dass schon die rein tatsächliche Verwertbarkeit eines Gegenstandes zum Vorteil des Publikums genügen würde, sondern entscheidend ist die tatsächliche Verwertung, die Tatsache mithin, dass ein Gegenstand wirklich durch die Art und Weise seiner Verwertung dem öffentlichen Nutzen dient, nicht etwa nur zu dienen imstande ist.[1])

[1]) R. G. E. IX, S. 28.

IV. Abschnitt.

Die Oeffentlichkeit begründet durch die allgemein mögliche Zugänglichkeit, insbesondere eines Ortes.

§ 13.

I.

Oeffentlicher Pfandleiher.

§ 290 R.Str.G.B.

In § 290 behandelt das Reichsstrafgesetzbuch einen speziellen Fall des im allgemeinen nicht strafbaren furtum usus. Subjekt dieses Deliktes ist ein öffentlicher Pfandleiher, eine Person, die das Pfandleihgewerbe in öffentlicher Weise ausübt.

Das Pfandleihgewerbe besteht in der Gewährung von Darlehen in mässigen Grenzen gegen Verpfändung von beweglichen einen Wert repräsentierenden Sachen irgendwelcher Art. Es ist zu unterscheiden von dem kaufmännischen Betriebe des Lombardgeschäftes, wenngleich es mit diesen viel Aehnlichkeit hat. Aber die Inhaber jener Lombardgeschäfte sind Bankiers im Sinne des § 1 No. 4 H. G. B. und gehören als solche dem Kaufmannsstande an, während die Pfandleiher zu den Gewerbetreibenden im engeren Sinne zu rechnen sind. Zu dem Betriebe des Pfandleihgewerbes muss noch dessen öffentliche Ausübung hinzukommen, um von dem Inhaber jenes Gewerbes sagen zu können, er sei öffentlicher Pfandleiher. Diese öffentliche Ausübung des Pfandleihgewerbes liegt dann vor, wenn dem Publikum die Zugänglichkeit des Geschäftsbetriebes des Pfandleihers, die Inanspruchnahme des Geschäfts in der Weise ermöglicht ist, dass jedermann

die Gewährung von Darlehen gegen Verpfändung von Sachen erreichen kann. Die Möglichkeit der Erlangung von Darlehen gegen Pfandhingabe für einen nicht bestimmt umgrenzten Personenkreis ist sohin das wesentliche.

Enger fasst Frank[1]) den Begriff des öffentlichen Pfandleihers, indem nach ihm der Charakter eines Pfandleihers als eines öffentlichen davon abhängt, dass er sein Geschäft offenkundig in einer Weise betreibt, dass es individuell unbestimmten Personen zugänglich ist. Danach würde es sich einerseits nicht nur dann nicht um einen öffentlichen Pfandleiher handeln, wenn Darlehen gegen Pfandhingabe nur an einzelne bestimmte Personen oder einen individuell bestimmten Persenenkreis gewährt würden, z. B. nur an Mitglieder eines bestimmten Vereins, der derart in sich abgeschlossen ist, dass seine Mitglieder weder einzeln, noch in ihrer Zusammenfassung als Repräsentanten der Allgemeinheit gelten können, sondern andererseits wäre auch dann dem Pfandleiher der Oeffentlichkeitscharakter abzusprechen, wenn der Betrieb seines Geschäfts so eingerichtet wäre, dass zwar an jeden auf sein Verlangen gegen Hingabe der Sachvaluta Darlehen gewährt würden, das Geschäft aber in der Weise als heimliches sich darstellen würde, dass dasselbe nach aussen hin nicht als Pfandleihgeschäft allgemein erkennbar wäre.

Allein ein derartiges Erfordernis der Offenkundigkeit dürfte zu weit gehen. Ein solches Verlangen würde nichts anderes als einen Fingerzeig für den Pfandleiher zur Umgehung des Gesetzes bedeuten.

---

[1]) Frank: Strafgesetzbuch § 290.

Schon aus diesem Grunde ist es zu verwerfen. Vielmehr ist eine Person schon dann als öffentlicher Pfandleiher zu erachten, wenn sie ihr Pfandleihgewerbe in der Art betreibt, dass sie unter der Voraussetzung der Bewirkung der Gegenleistung an unbestimmt welche und wie viele Personen Darlehen gewährt.

Daraus ergibt sich, dass der Mangel der nach der Gewerbeordnung in § 34 Abs. 1 für die Ausübung des Pfandleihgewerbes vorgeschriebenen obrigkeitlichen Erlaubnis für die Frage, ob es sich um einen öffentlichen Pfandleiher handelt, von keinerlei Bedeutung ist.[1]) Die eben erwähnte Bestimmung ist mithin nicht so aufzufassen, als ob erst durch die erfolgte Genehmigung des Pfandleihgewerbes dem Pfandleiher der Charakter eines öffentlichen zufallen würde, sondern das Erfordernis besonderer Erlaubnis hat, lediglich den Zweck dem Staate ein Mittel gegen eine allzugrosse Verbreitung und Ausdehnung der Pfandleihgewerbe zu sichern, sowie ihm die Möglichkeit in die Hand zu geben, ungeeignete Personen vom Betriebe jenes Gewerbes auszuschliessen.

II.

Oeffentlicher Verkauf und öffentlicher Verbrauch.

§ 324 R. Str. G. B.

Das Gesetz spricht in § 324 von »Gegenständen, welche zum öffentlichen Verkaufe oder Verbrauche bestimmt sind«. Zum öffentlichen Verkaufe sind

[1]) Hälschner: Lehrb. d. gem. deutsch. Strafrechts Bd. II S. 339. Oppenhoff: Kommentar § 290. Frank: Deutsch. Strafrecht z. § 290.

Gegenstände aber dann bestimmt, wenn sie zum Zwecke käuflichen Erwerbes einer nach Zahl und Individualität nicht bestimmten Personenmehrheit zugänglich gemacht werden.

Das Entscheidende für den Begriff des öffentlichen Verkaufs ist mithin, dass der Allgemeinheit die Möglichkeit eröffnet ist, die zum Kaufe ausgebotenen Gegenstände für sich oder andere zu erwerben. So ist die Annahme eines öffentlichen Verkaufes ausgeschlossen, wenn sich eine Mehrheit von Personen zu einer Vereinigung zusammenschliesst und diese Vereinigung zur Förderung der wirtschaftlichen Verhältnisse und Interessen ihrer Mitglieder Verkaufsgeschäfte betreibt derart, dass sie nur an ihre Mitglieder Waren abgibt. Hier sind die Waren nicht einer nach Zahl und Individualität unbestimmten Personenmehrheit zugänglich, vielmehr wird durch die Zugehörigkeit zu jener Vereinigung erst die Möglichkeit des käuflichen Erwerbs geschaffen und eben hierin liegt die Annahme der Oeffentlichkeit ausschliessende Bestimmtheit des Käuferkreises.

Auch der Verbrauch ist nur dann ein öffentlicher, wenn er nicht nur einem bestimmten in sich abgeschlossenen Personenkreise ermöglicht, sondern wenn diese Möglichkeit des Verbrauchens eine allgemeine ist. Demnach kann beispielshalber von einem öffentlichen Verbrauche keine Rede sein, hinsichtlich jener Gegenstände, die in einer Hauswirtschaft erzeugt, zum Verbrauche durch die der gleichen Hauswirtschaft Angehörigen bestimmt sind. Denn sowohl Zahl wie Individualität der Personen, denen hiebei der Verbrauch ermöglicht ist, ist genau bestimmt und abgegrenzt durch das die einzelnen Hausgenossen mit

einander verknüpfende familiäre Band. Würden dagegen jene Gegenstände aus der produzierenden Hauswirtschaft heraus an beliebige andere Personen weitergegeben, so würde auch hiedurch die Möglichkeit allgemeinen Verbrauchs geschaffen.

§ 14.

I.

Oeffentlicher Versammlungsort.

§§ 285, 360 Ziff. 14 R. Str. G. B.

Während hinsichtlich des öffentlichen Pfandleihers sowie des öffentlichen Verkaufs und Verbrauchs das Merkmal der Oeffentlichkeit in keiner Beziehung zur Oertlichkeit steht, vielmehr sich auf die allgemein mögliche Zugänglichkeit, Inanspruchnahme, des Geschäftsbetriebs und die allgemein mögliche Zugänglichkeit der Gegenstände, die zum Verkaufe oder Verbrauche bestimmt sind, gründet, tritt in den §§ 285, 360 Ziff. 14 die Beziehung der Oeffentlichkeit auf den Ort klar zu Tage.

Unter den in diesen Bestimmungen genannten öffentlichen Versammlungsorten sind jene Orte zu verstehen, welche unbestimmt von welchen und wie vielen Personen, d. h. vom Publikum besucht werden können, welche jedermann ohne individuelle Beschränkung zugänglich sind und so die Möglichkeit des Verkehrs und des Aufenthaltes einer nach Zahl und Art nicht bestimmten Personenvielheit gewährleisten.

Der Umstand, dass etwa für den Zutritt zum Versammlungsorte Eintrittsgeld erhoben wird, steht der Annahme der Oeffentlichkeit nicht entgegen.[1])

[1]) R. G. E. Bd. VII, S. 21.

Denn durch die Erhebung eines Eintrittsgeldes wird weder die Zahl der sich versammelnden Personen bestimmt, noch deren Individualität in irgendwelcher Weise berührt. Auch wenn der Zutritt an sonstige Bedingungen geknüpft ist, ist die Oeffentlichkeit des Versammlungsortes noch nicht schlechthin zu verneinen.

Gesetzt den Fall, es hätten zu einer Versammlung nur Angehörige einer bestimmten politischen Partei etwa nur Anhänger der Sozialdemokratie, Zutritt und würde die Zugehörigkeit zu jener Partei durch Einzeichnung der Eintretenden in eine Liste festgestellt, so könnte dem Versammlungsorte gleichwohl noch nicht die Eigenschaft eines öffentlichen abgesprochen werden. Denn einerseits bildet die Gleichheit der politischen Gesinnung, wie früher schon erwähnt, kein Band, das die Träger jener gleichen politischen Gedanken zu einem Kreise vereinigt, der als in sich abgeschlossen und demzufolge nicht mehr als Repräsentant der Allgemeinheit angesehen werden könnte, andrerseits schliesst auch die durch Namenseinzeichnung in eine Liste geübte Kontrolle die Annahme der Oeffentlichkeit des Versammlungsortes nicht aus, indem hiedurch zwar wohl die Möglichkeit geschaffen wird, sich über die Person des Einzelnen zu orientieren, aber keineswegs das für die Oeffentlichkeit massgebende Merkmal der Unbestimmtheit der sich zusammenfindenden Personenmehrheit beseitigt wird. Sobald hiegegen nur bestimmten Personen, die weder in ihrer Zusammenfassung, noch einzeln als Vertreter der Allgemeinheit sich charakterisieren, der Zutritt zum Versammlungsorte freisteht, entbehrt auch jener Ort des Oeffentlichkeitscharakters.

Der Zweckbestimmung eines Ortes, der Bestimmung, dass er dem öffentlichen oder privaten Gebrauche dienen soll, kann entscheidender Einfluss auf die Beurteilung der Frage nach der Oeffentlichkeit desselben nicht eingeräumt werden. Wollte man die Zweckbestimmung gleichwohl berücksichtigen, so würde dies lediglich eine Umgehung des den §§ 285 und 360 Ziffer 14 zugrunde liegenden gesetzgeberischen Gedankens bedeuten. Vielmehr kann einerseits ein Privatraum zeitweilig die Eigenschaft eines öffentlichen Ortes erhalten, andrerseits die regelmässig anzunehmende Oeffentlichkeit eines Versammlungsortes zeitweitig entfallen. Ein Privatraum wird in dem Augenblicke zum öffentlichen Orte, in dem er dem Zutritt der Allgemeinheit, wenn auch vielleicht unter Ausschluss einzelner Personen oder gewisser Personenkategorien geöffnet wird.[1]) Daher trägt ein Privatgarten den Charakter eines öffentlichen Ortes von dem Momente ab, in welchem dem Publikum der Zutritt allgemein gestattet wird, den Charakter eines öffentlichen Versammlungsortes von dem Zeitpunkt an, in welchen dem Publikum die Ansammlung ermöglicht ist. Und sobald diese Möglichkeit des allgemeinen Zutritts entfällt, nimmt auch der zuvor öffentliche Ort wieder den Charakter eines nicht öffentlichen an. Ebenso kann auch ein Versammlungsort, dessen Grundbestimmung es ist, dem öffentlichen Gebrauche, d. h. dem Gebrauche der Allgemeinheit zu dienen, bald als öffentlicher, bald als nicht öffentlicher Ort erscheinen. Diesen Standpunkt vertritt

---

[1]) Oppenhoff: Rechtsprechung des Obertribunals in Strafsachen Bd. XV, S. 876.

auch die Rechtssprechung,[1]) indem sie einer Weinstube die an und für sich der Allgemeinheit offen stand, dennoch den Charakter eines öffentlichen Versammlungsortes von dem Momente an absprach, wo dieselbe nurmehr für 10—12 regelmässig dort verkehrende, durch tägliches Zusammensein, gemeinsame Mahlzeiten und gleiche Lebensstellung verbundene Kaufleute zugänglich war. Und dies mit Recht! Denn in der Tat war hier die Möglichkeit allgemeinen Verkehrs ausgeschlossen und nur für einen kleinen, durch engere Beziehungen zusammengehaltenen Personenkreis, der sowohl in seiner Zahl eng umschrieben, als auch nach der Individualität seiner Mitglieder genau bestimmt war, der Zutritt zu dem Weinlokale frei.

II.

Oeffentlicher Vergnügungsort.

§ 365 R.Str.G.B.

Das bezüglich der Oeffentlichkeit eines Versammlungsortes Ausgeführte, kann ohne Rechtsirrtum auch auf die in den Tatbestand des § 365 aufgenommene Oeffentlichkeit eines Vergnügungsortes angewendet werden.

Oeffentlich ist ein Vergnügungsort, d. h. ein Ort, welcher, wenn auch nur temporäre Herrichtungen zum Vergnügen, zur Belustigung seiner Besucher enthält, mithin dann, wenn der Zutritt zu ihm sei es ohne, sei es gegen Entgelt, einem unbestimmten, als Repräsentanten der Allgemeinheit sich darstellenden Personenkreise freisteht. Ebensowenig wie die Oeffentlichkeit des Versammlungsortes, wird auch die

[1]) R. G. E. VI. S. 70.

Oeffentlichkeit eines Vergnügungsortes davon ohne weiteres berührt, dass der Zugang zu jenem Orte, abgesehen von etwaigen Entree, an besondere Bedingungen geknüpft ist. So ist ein Vergnügungsort, an welchem ein Maskenball, an dem teilzunehmen jedermann freisteht, abgehalten wird, ohne Zweifel ein öffentlicher, wenngleich die Teilnahme nur gegen Lösung eines sog. Maskenzeichens gestattet wird — der für das Maskenzeichen entrichtete Betrag hat lediglich den Charaktes des Eintrittsgeldes — oder wenn die einzelnen Personen nur nach Anlegen einer Maske zugelassen werden. Denn alle diese Bedingungen sind nicht imstande, den Kreis der Teilnehmer als einen in sich abgeschlossenen, als eine Einheit erscheinen zu lassen. Und solange die einzelnen möglichen Teilnehmer unter einander nicht durch besondere Beziehungen zusammengehalten werden, vermöge deren sie einen einheitlich abgeschlossenen, nach aussenhin genau umgrenzten Kreis bilden, so lange sind sie auch als Vertreter des Publikums aufzufassen, und in Konsequenz hievon ist der Vergnügungsort, an dem sie verkehren und verkehren können, als öffentlicher Ort anzusehen.

Unter den Begriff des öffentlichen Vergnügungsortes fallen dagegen nicht die Lokale abgeschlossener Gesellschaften, ohne Unterschied, ob sie sich in eigenen Gebäuden der Gesellschaft oder in Räumlichkeiten eines Wirtes befinden. Ein von einem Vereine zur Veranstaltung geselliger Vergnügungen für bestimmte Abende gemietetes Zimmer in einem Gasthause trägt an jenen Abenden, an welchen es von den Vereinsmitgliedern in Gebrauch genommen wird, und nur jenen der Zutritt offen steht, nicht den Charakter

eines öffentlichen Vergnügungsortes, wenngleich es zu andern Zeiten jedermann, beliebig welchen und wie vielen Personen zugänglich sein mag.

Völlig gleichgültig muss es erscheinen, ob die Räumlichkeiten, die von der geschlossenen Gesellschaft benutzt werden, mit anderen öffentlichen Räumen derart in Verbindung stehen, dass der Gesellschaftsraum etwa der Betrachtung fremder beliebiger Personen durch Auge oder Ohr unterliegt. Eine Scheidung des Vergnügungsraumes der Gesellschaft von angrenzenden öffentlichen Räumen durch sachliche Vorrichtungen ist daher nicht erforderlich, vielmehr genügt es, um dem Orte den Charakter eines nicht öffentlichen zu wahren, dass Nichtmitglieder der Gesellschaft der Zutritt verwehrt ist.[1]) Sobald jedoch beliebigen anderen Personen der Zutritt ermöglicht ist, entfällt auch der Ausschluss der Oeffentlichkeit. Daher kann von Nichtöffentlichkeit eines von einer geschlossenen Gesellschaft benutzten Vergnügungslokals keine Rede mehr sein, wenn zu einer zur Feier einer Hochzeit in einem sonst nicht öffentlichen Lokale veranstalteten Tanzlustbarkeit ausser den geladenen Hochzeitsgästen noch andere beliebige Personen gegen Entrichtung eines Eintrittgeldes zugelassen werden.[2])

---

[1]) Olshausen: Kommentar § 365. A. M. Bayr. Oberst. Landesgericht: Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofes f. Bayern in Gegenständen des Strafrechts u. des Strafprozesses Bd. VI. S. 266.

[2]) Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts Bd. III S. 370.

§ 15.

Oeffentliche Strassen und Wasserstrassen sowie öffentliche Wege, Plätze und Anlagen.

§§ 116, 243 Ziff. 4, 250 Ziff. 3, 304, 308, 360 Ziff. 14, 366 Ziff. 2, 3, 5, 8, 9, 367 Ziff. 12, 368 Ziff. 10, 370, Ziff. 1, 2.

An zahlreichen Stellen erwähnt der Gesetzgeber der öffentlichen Wege, Strassen und Plätze, vereinzelt auch der öffentlichen Anlagen und der öffentlichen Wasserstrassen.

In allen diesen Fällen wird ausdrücklich nicht die Oeffentlichkeit der mit Strafe bedrohten Handlung, sondern die Oeffentlichkeit des Ortes, an dem die Handlung vor sich geht, gefordert. Allerdings wird durch eben jene Oeffentlichkeit des Begehungsortes die Handlung selbst häufig zu einer öffentlichen, in sofern als durch die Oeffentlichkeit des Handlungsortes der Allgemeinheit die Möglichkeit der Wahrnehmung der Handlung oder die Beteiligung an der Tat oft gegeben sein wird. Aber die notwendige Folge des öffentlichen Ortes ist dies, wie schon früher hervorgehoben, nicht.

Welche Gesichtspunkte sind nun für die Beantwortung der Frage nach der »Oeffentlichkeit« eines Weges, einer Strasse, eines Platzes etc. massgebend?

Zunächst ist die Ansicht von der Hand zu weisen, dass für die Beurteilung jener Frage das öffentliche und private Recht entscheidend sei. Nirgends findet sich ein stichhaltiger Grund für die Richtigkeit der Annahme, dass der Begriff »öffentlich« hier im rechtlichen Sinne zu verstehen sei. Bedenken könnte

lediglich der Umstand erregen, dass das Gesetz bald von öffentlicher Strasse, bald von Strasse schlechthin spricht. Denn unter Strassen hat man alle öffentlichen Verkehrswege in Städten und Dörfern zu verstehen.[1]) Auch das Reichsgericht[2]) stellt sich auf den Standpunkt, dass unter Strassen einerseits begrifflich nur Verkehrswege verstanden werden können, welche dem öffentlichen Verkehr dienen, andererseits auch Grund und Zweck des Gesetzes es ausser allen Zweifel stellen, dass der Gesetzgeber auch seinerseits unter Strassen nur solche Verkehrswege verstanden wissen wollte, welche dem öffentlichen Verkehr zugänglich sind. Mithin schliesst der Begriff »Strasse« bereits das Moment der Oeffentlichkeit, der allgemeinen Gebrauchsmöglichkeit in sich. Wenn nun der Gesetzgeber in manchen Fällen von »öffentlicher Strasse« spricht, so legt diese Ausdrucksweise den Schluss nahe, dass der Begriff »öffentlich« hier im verwaltungsrechtlichen Sinne aufzufassen sei. Allein eine derartige Folgerung findet keine Stütze im Gesetze. Der Zweck der einzelnen Gesetzesbestimmungen widerstreitet einer derartigen Auffassung. Denn die Vorschriften der §§ 366 Ziff. 2, 5, 8, 9, 367 Ziff. 12, in welchen die Oeffentlichkeit der Strasse besonders hervorgehoben ist, bezwecken ohne Zweifel den Schutz des Publikums. Sollte aber die Schutzwürdigkeit von der formalen Voraussetzung des öffentlichen Charakters jener Orte bedingt sein, sollten nur jene Menschen, welche auf staatlichen oder kommunalen Strassen verkehren, besonderen strafrechtlichen Schutzes würdig

[1]) Olshausen: Kommentar § 116.

[2]) R. G. E. Bd. XXXIII. S. 374.

sein? Zweifellos eine Absurdität! Da also einerseits dem Begriff »Strasse« bereits das Moment der Oeffentlichkeit anhaftet, die Oeffentlichkeit andrerseits hier auf keinen Fall vom verwaltungsrechtlichen Standpunkte aus aufgefasst werden kann, so charakterisiert sich der Ausdruck »öffentliche Strasse« als ein Pleonasmus des Gesetzes.

Auch auf den Begriff »öffentliche Wasserstrasse« sind diese Erörterungen auszudehnen. Unter Wasserstrasse muss jedes Gewässer, das, ohne unter den Begriff der den Gegensatz bildenden offenen See zu fallen, dem öffentlichen Verkehr dient ohne Rücksicht auf die etwa bestehenden Eigentumsverhältnisse verstanden werden.[1])

Im Hinblicke auf das eben Dargelegte haben die Begriffe »öffentliche Strasse« und »öffentliche Wasserstrasse« im folgenden auszuscheiden.

Das entscheidende Gewicht ist bei der Beantwortung der Frage nach der Oeffentlichkeit eines Weges, Platzes und einer Anlage, nachdem es auf die Eigentumsfrage, auf die Frage, ob der betreffende Ort eine locus publicum oder locus privatum ist, nicht ankommt, darauf zu legen, ob der fragliche Ort dem Gebrauche des Publikums, dem allgemeinen Verkehre freigegeben oder der allgemeinen Zugänglichkeit verschlossen ist. Dementsprechend führt auch der oberste Gerichtshof des deutschen Reichs aus: »Die Oeffentlichkeit eines Ortes bestimmt sich nicht darnach, ob dem Orte nach den Bestimmungen des öffentlichen oder des Privat-Rechts die rechtliche Natur eines öffentlichen zukommt; sie ist auch für einen an sich

[1]) R.G.E. Bd. XXXIII S. 371.

privaten Platz gegeben, wenn und solange dieser dem allgemeinen Verkehr freigegeben und dem Publikum als solchem ohne Beschränkung auf bestimmte individuell begrenzte Personenkreise zum freien Zutritt und Gebrauch überlassen ist.« Jedoch genügt jede faktische Möglichkeit, den Ort zu betreten nicht, um dessen Oeffentlichkeit herbeizuführen. Vielmehr ist der Zutritt und Gebrauch des Ortes nur dann ein freier, wenn der Zutritt des Publikums dem Willen des Eigentümers des Ortes entspricht oder auf dem über den Willen des Einzelnen stehenden Staatswillen beruht.[1]) Das Reichsgericht bringt dieses Erfordernis mit dem Worte »überlassen« zum Ausdrucke.

Dass ein Weg, ein Platz, eine Anlage nicht für alle Arten des Verkehrs freigegeben ist, ist ohne Belang für die Zuerkennung der Oeffentlichkeit. Ein Weg ist gleichwohl ein öffentlicher, wenn er auch nur dem Verkehr für Fussgänger überlassen ist, während seine Benutzung durch Fuhrwerke etc. verboten ist; umsoweniger kann natürlich die Oeffentlichkeit jener Orte entfallen, wenn sie im allgemeinen dem freien Verkehre überlassen und nur, wie man es so häufig trifft, für Kraftfahrzeuge gesperrt sind.

Auch dadurch, dass für die Benutzung des Weges eine Abgabe erhoben wird, wie es vielfach bei Uebergängen über Gewässer der Fall ist, um die Baukosten der den Weg tragenden Brücke allmählich zu decken, wird der betreffende Weg nicht seines Oeffentlichkeitscharaktrers beraubt, wenn und solange er dem Verkehr der Allgemeinheit freibleibt. Erst wenn ein

[1]) Goltdammers Archiv. f. Strafrecht Bd. XXXXIV S. 406, vergl. daselbst Bd. XXXIX S. 82 f.

Weg, ein Platz eine Anlage, nur für einzelne Personen oder einzelne bestimmte Personenkreise, wie z. B. Uebungsplätze der Truppen, geöffnet ist, entbehrt er auch der Oeffentlichkeit.

Die Oeffentlichkeit eines Weges etc. kann bald einedauernde, bald nur eine vorübergehende sein. So wird es gerade bei den im Privateigentum stehenden Wegen, Plätzen und Anlagen sehr häufig vorkommen, dass sie nur vorübergehend dem Publikum geöffnet sind, womit jedoch nicht in Abrede gestellt werden soll, dass dies nicht auch des öfteren bei im Staatseigentum stehenden Orten vorkommen wird. Mit der Freigabe des Verkehrs steht und fällt die Oeffentlichkeit jener Orte. Somit liegt die Oeffentlichkeit des Ortes in einem bestimmten Zeitpunkte dann vor, wenn dieser Ort zur konkreten Zeit — also nicht überhaupt — tatsächlich dem allgemeinen Verkehre, dem Gebrauche des Publikums freigegeben und diesem allgemein zugänglich ist. Daher wird ein sonst nicht öffentlicher Platz für die Dauer eines auf ihm veranstalteten Volksfestes öffentlich, während ein sonst öffentlicher Weg für die Dauer seiner Absperrung den Oeffentlichkeitscharakter verliert.

Allerdings wird die Möglichkeit einer nur vorübergehenden Oeffentlichkeit eines Ortes nicht einstimmig anerkannt. Im Gegensatze zu der eben dargelegten Ansicht verlangt Oppenhoff,[1]) dass der Weg der Platz, die Anlage, um den Charakter der Oeffentlichkeit tragen zu können, auch zum Gebrauche des Publikums bestimmt sein müsse. Allein eine derartige Auffassung geht über den Willen des Gesetz-

[1]) Oppenhoff: Kommentar § 116 Nr. 4.

gebers hinaus und findet auch im Gesetze keine Stütze. Auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts bietet keinen Rückhalt für die Oppenhoff'sche Ansicht. Allerdings führt das genannte Gericht bezüglich eines Falles des schweren Diebstahls nach § 243 Ziffer 4 R.Str.G.B. aus, es käme der eben angeführten Strafbestimmung ein Diebstahl auf einem Wege oder einem Platze nur dann unterstellt werden, wenn und soweit die betreffenden Oertlichkeiten dem öffentlichen Verkehre zu dienen bestimmt seien und wirklich dienten.[1]) Allein es ist wohl im Hinblicke auf die anderweitige Judikatur des obersten Gerichtshofes anzunehmen, dass mit dem Ausdrucke »dem öffentlichen Verkehr zu dienen bestimmt« nicht gesagt werden wollte, jene Orte könnten nur dann als öffentlich betrachtet werden, wenn es ihr Grundzweck, ihre Bestimmung sei, dem allgemeinen Verkehre zu dienen, sondern dass das Reichsgericht hiemit lediglich die bereits früher erwähnte Willensrichtung des Eigentümers des Ortes bezeichnen wollte. Dies ist um so wahrscheinlicher, als das Reichsgericht in gleicher Entscheidung weiter behauptet, dass für die Beurteilung der Oeffentlichkeit einzig und allein entscheidend ist, ob der Verkehr an jenen Orten allgemein freigegeben oder bestimmten Beschränkungen unterworfen ist, denen zufolge die einschlägigen Oertlichkeiten nicht mehr für die Allgemeinheit, sondern nur für bestimmte Kreise offen stehen und dem Verkehre dieser dienen.

Einer kurzen Erwähnung bedarf noch § 368 Ziffer 10 R.Str.G.B., in welchem sich der Gesetzgeber

[1]) R. G. E. Bd. XXXIII S. 374.

des Ausdrucks »öffentlicher, zum gemeinen Gebrauche bestimmter Weg« bedient. Hier ist die Zweckbestimmung des Weges im Gegensatze zu dem tatsächlichen Gebrauche eines Weges durch das Publikum hervorgehoben. Zu dem Umstande, dass der Weg tatsächlich dem allgemeinen Verkehre freigegeben ist, muss hier noch hinzukommen, dass dieser allgemeine Verkehr der Zweck des Weges ist. Ist ein Weg an und für sich nur dazu bestimmt, einem kleinen, genau umgrenzten Personenkreise zu dienen, durch die Gefälligkeit eben dieser Personen die Benutzung des Weges der sich vielleicht im Vergleich zu einem andern Wege als Abkürzung darstellt, aber auch allen andern Leuten gestattet, so liegt wohl ein öffentlicher Weg vor, da sein Gebrauch tatsächlich ohne Beschränkung auf individuell bestimmte Personen zulässig ist, aber kein öffentlicher zum gemeinen Gebrauche besimmter Weg. Gerade der Umstand, dass das Gesetz hier die Bestimmung des Weges hervorhebt, spricht gegen jene Ansicht, die einen öffentlichen Weg nur dann anenkennen will, wenn er die Bestimmung, dem allgemeinen Verkehre zu dienen, in sich trägt.

§ 16.

Oeffentliche Denkmäler. Oeffentliche Sammlungen. Oeffentliche Ausstellung.

§ 304 R. Str. G. B.

Ein Denkmal, dem naturgemäss eine feste, dauernde Aufstellung zukommt, ist als ein öffentliches dann anzusehen, wenn es an einem öffentlichen Orte Aufstellung gefunden hat. Die Oeffentlichkeit des Ortes bildet somit die Grundlage für die Oeffentlichkeit

eines Denkmals. Desgleichen kann auch die Oeffentlichkeit einer Aufstellung nur örtlich verstanden werden. Bezüglich der Oeffentlichkeit des Ortes kann aber auf das im vorhergehenden Paragraphen Gesagte verwiesen werden.

Nur auf die Frage, ob auch die vorübergehende Oeffentlichkeit eines Ortes, an welchem ein Denkmal errichtet ist oder eine sonstige Aufstellung stattgefunden hat, dem Denkmal den Charakter eines öffentlichen verleiht, die Aufstellung zur öffentlichen stempelt, ist noch näher einzugehen. Am besten wird die Frage, wie so oft, an der Hand eines Beispiels sich lösen lassen. Angenommen es befindet sich in dem einem Privatmanne gehörigen Park ein Denkmal Schillers, so trägt dieses Denkmal, soferne der Park nur dem Gebrauche jenes Privatmanns und der etwa durch Familien- oder Freundschaftsbande mit ihm verbundenen Personen dient, ohne Zweifel den Charakter eines nicht öffentlichen Denkmals. Zum öffentlichen wird ein Denkmal, wie bereits erwähnt, erst durch seine Aufstellung an einem jedermann zugänglichen, also öffentlichen Orte. Diese Oeffentlichkeit des Aufstellungsortes braucht aber keineswegs bereits im Momente der Denkmalsaufstellung vorzuliegen, sie kann mit gleicher Wirkung für das Denkmal auch in jeden beliebigen späteren Zeitpunkte eintreten. Dadurch, dass jener Privatpark an einem bestimmten Wochentage dem Zutritt und Gebrauche des Publikums, also ohne jede Beschränkung auf einzelne Kreise, freigegeben wird, trägt er an jenem Tage den Charakter eines öffentlichen Ortes. Denn wie bereits früher ausgeführt, steht und fällt die Oeffentlichkeit eines Ortes mit der Freigabe des Verkehrs an ihm.

Da aber ein Denkmal dann ein öffentliches ist, wenn es an einem allgemein zugänglichen Orte steht, so ist auch das in jenem Parke befindliche Denkmal an dem Wochentage, an dem das Publikum freien Zutritt zum Parke hat, als ein öffentliches anzusehen. Durch den Eintritt vorübergehender Oeffentlichkeit eines Ortes wird also auch einem daselbst aufgestellten Denkmal der Charakter eines öffentlichen Denkmals verliehen.

Wie verhält es sich nun, wenn ein an und für sich öffentlicher Ort vorübergehend dieser Eigenschaft beraubt wird, etwa dadurch, dass eine tagsüber der Allgemeinheit ohne jede Beschränkung zugängliche Gartenanlage bei Eintritt der Dunkelheit abgeschlossen wird? Da durch die Abschliessung der Anlage die Allgemeinheit ausserstande gesetzt wird, dieselbe zu betreten, sich Zugang zu ihr zu verschaffen, so kann die Anlage nach dem oben Ausgeführten auch nicht mehr als öffentlicher Ort betrachtet werden. Damit müsste aber auch die Oeffentlichkeit eines sich in der Anlage befindenden Denkmals entfallen. Das Ergebnis aber wäre, dass jenes Denkmal während des Tages des erhöhten Schutzes des § 304 R.Str.G.B. während der Nacht aber nur des Schutzes des § 303 R.Str.G.B. teilhaftig sein würde. Ohne Zweifel ein etwas komisches, durchaus unbefriedigendes Resultat. Die Berücksichtigung des Zweckes des § 304 wird auf andere Bahnen leiten. Die genannte Gesetzesbestimmung — sie sei hier nur insoweit herangezogen, als sie sich auf öffentliche Denkmäler bezieht — verdankt ihr Bestesen dem Umstande, dass nach Ansicht des Gesetzgebers gerade den an öffentlichen Orten stehenden Denkmälern, das Interesse der All-

gemeinheit in besonderem Masse zugewendet sein wird. Der tiefere Grund des besonderen Schutzes der öffentlichen Denkmäler ist sohin der, dass das Publikum ein besonderes Interesse an ihnen haben wird. Dieses besondere Interesse wird aber nach Ansicht des Gesetzgebers durch die Oeffentlichkeit des Denkmalsortes geschaffen. Da nun dadurch, dass die das Denkmal umgebende Anlage des Nachts geschlossen ist, doch das allgemeine Interresse an dem Denkmale in keiner Weise berührt wird, so kann unter Berücksichtigung des oben angegebenen Zweckes der Gesetzesvorschrift ohne Rechtsirrtum angenommen werden, dass der nur vorübergehende Mangel der Oeffentlichkeit des Ortes dem daselbst aufgestellten Denkmal den Charakter der Oeffentlichkeit zu nehmen nicht imstande ist.

Auch die Oeffentlichkeit einer Sammlung hängt von der allgemeinen Zugänglichkeit des Ortes, an dem sie sich befindet ab. Die Beurteilung einer Sammlung als einer öffentlichen ist dadurch bedingt, dass von ihr allgemein Gebrauch gemacht werden kann, dass dem Publikum ihre Benutzung freisteht. Diese allgemeine Gebrauchsmöglichkeit setzt aber freien Zutritt zu der Sammlung voraus. Da nun jeder Ort, dessen Zugang allgemein freigegeben ist, als öffentlicher Ort erscheint, so bildet die Oeffentlichkeit des Sammlungsortes die Voraussetzung für die Oeffentlichkeit der Sammlung selbst.

Die Art der Benutzung wird von dem näheren Charakter der Sammlung abhängen. In den meisten Fällen besteht die Benutzung in einem Beschauen der gesammelten Gegenstände. Anders als der Begriff »öffentlicher Ort«, erfordert der Begriff der

»öffentlichen Sammlung«, dass die Sammlung d. h. die räumliche Vereinigung von in irgendwelcher Beziehung interessanten Gegenständen auch bestimmt sei, der Allgemeinheit zu dienen. Es muss ihr mithin die Bestimmung inne wohnen, von unbestimmt welchen und wie vielen Personen benutzt werden zu können und sie muss der Benutzung des Publikums, sei es auch nur unter gewissen reglementarischen Normen tatsächlich freigegeben sein.[1])

In Kürze sei noch der Frage Erwähnung getan, ob nicht bezüglich der Begriffe »öffentliche Denkmäler«, »öffentliche Aufstellung« und »öffentliche Sammlungen«, eine Auslegung der Oeffentlichkeit vom verwaltungs- und privatrechtlichen Standpunkte aus vielleicht zutreffend erscheinen möchte. In der Tat findet sich in der Literatur[2]) eine derartige Auslegung vertreten und selbst die Judikatur[3]) hat sich, allerdings sehr vereinzelnt, derselben angeschlossen. Darnach würde es sich um ein öffentliches Denkmal, um eine öffentliche Aufstellung dann handeln, wenn das Denkmal bezw. der aufgestellte Gegenstand im Eigentum des Staates oder eines anderen öffentlich-rechtlichen Verbandes stehen würde. Gleiches müsste bezüglich der öffentlichen Sammlung gelten, mit der Massgabe, dass dieser auch noch die Bestimmung, dem Publikum zu dienen, anhaften müsste.

Zur Begründung dieser Auslegung wird vor allem darauf hingewiesen, dass nur sie dem Sprachgebrauche entspreche. Zugegeben der Sprachgebrauch zeuge für die Richtigkeit einer derartigen Auffassung,

---

[1]) Olshausen: Kommentar § 304.

[2]) Rubo; Oppenhoff: Kommentare § 304.

[3]) Stenglein: Zeitschrift für Gerichtspraxis Bd. VI S. 33.

so widerstreitet ihr doch die Tendenz des § 304 R.Str.-G.B., welche im Gegensatze zu § 303 a. a. O., der lediglich diejenigen Fälle im Auge hat, durch welche private, d. h. Interessen des Einzelnen verletzt werden, dahin geht, die Sachbeschädigungen, die eine Verletzung der öffentlichen, d. h. der Interessen der Allgemeinheit in sich schliessen, mit besonderer Strafe zu ahnden. Einem Denkmale etc. um des Umstandes willen, dass es im Eigentum eines öffentlich-rechtlichen Verbandes steht, den Besitz des allgemeinen Interesses schlechthin zuzusprechen, dürfte wohl auf reiner Willkür beruhen. Am deutlichsten tritt dies bei Gegenständen, welche öffentlich aufgestellt sind, zutage. Vielfach finden Gegenstände der Kunst oder Wissenschaft, die einem öffentlich-rechtlichen Verbande zu Eigentum gehören, an Orten Aufstellung, zu denen nur ganz vereinzelnte Personen Zutritt haben und von deren Aufstellung die Allgemeinheit gar keine Kenntnis hat; wie sollte aber da an ihnen ein allgemeines Interesse bestehen können? Gleichwohl müsste aber nach Ansicht derer, die den Begriff »öffentlich« hier im Rechtssinne nehmen, die vorsätzliche Beschädigung solcher Gegenstände nach § 304 bestraft werden. Hiemit läge aber der Fall so, dass ein öffentliches Interesse zu schützen unternommen würde, wo gar keines besteht. •

Ohne Zweifel ist die Annahme, dass ein öffentliches Interesse für Denkmäler, Sammlungen etc. dadurch hervorgerufen werde, dass sich diese an frei zugänglichen Orten befinden, weit eher begründet. Zudem müsste die Betätigung jener Auffassung in der Praxis zu unleidlichen Ergebnissen führen. Es würde sich eine staatliche Sammlung, wenngleich sie der

Allgemeinheit nie zur Verfügung stände, des erhöhten Schutzes des § 304 erfreuen, eine im Privateigentum stehende, dem Publikum zu beliebiger Benutzung überlassene Sammlung dagegen, — ein Beispiel bietet die im Eigentum des deutschen Kaisers als Privatperson stehende Schackgallerie zu München — der das Publikum das lebhafteste, eben durch die freie Zugänglichkeit ermöglichte Interesse entgegenbringt, fiele nur unter den Schutz des § 303 R.Str.G.B. Eine derartige Scheidung entspricht aber zweifellos nicht dem Willen des Gesetzgebers. Die ihr zugrunde liegende Auffassung steht mit dem Zwecke des § 304 in Widerspruch und ist als rechtsirrtümlich zu verwerfen.

II. Teil.

Die Oeffentlichkeit in Beziehung auf den Staat oder eine andere politische Korporation.

§ 17.

Oeffentliches Amt.

§§ 31, 33, 34, 35, 36, 81, 83, 87, 88, 89, 90, 94, 95, 128, 129, 132, 358 R.Str.G.B.

So häufig das Reichsstrafgesetzcuch den Begriff »öffentliches Amt« verwendet, so ist er doch nur an einer Stelle, in § 132, zum Tatbestandsmerkmal erhoben. Wo immer sich der Gesetzgeber sonst dieses Begriffes im Strafgesetzbuche bedient, tut er es in der Weise, dass er an gewisse kriminelle Verurteilungen die Unfähigkeit zur Bekleidung bezw. Erlangung öffentlicher Aemter knüpft. Diese Unfähigkeit tritt bald von rechtswegen d. h. selbständig, unmittelbar

kraft Gesetzes ein — so bei Verurteilung zu Zuchthausstrafe — bald bleibt es dem freien Ermessen des Richters überlassen, auf dieselbe zu erkennen.

Leider hat der Gesetzgeber es unterlassen, eine Definition des Begriffes »öffentliches Amt« zu geben und durch diese Unterlassungssünde lebhafte Meinungsverschiedenheiten bezüglich dieses Begriffes hervorgerufen. Wohl ist in § 359 R.Str.G.B. bestimmt, wer als Beamter im Sinne des Strafgesetzes anzusehen ist,[1]) sodass man versucht sein möchte, dem Begriffe des Beamten, den des öffentlichen Amtes unmittelbar anzupassen.

Allein ein derartiger Versuch, so verlockend er auf den ersten Blick erscheinen möchte, kann nicht schlechtweg als der einzig gangbare Weg zur Erklärung des Begriffes des öffentlichen Amtes angesehen werden.

Der in Frage stehende Begriff kann vielmehr in zweifacher Weise interpretiert werden.

Der ungezwungene Gegensatz des öffentlichen Amtes ist das private Amt.[2]) Wenn man nun unter einem Amte im allgemeinen einen durch das Recht oder durch Vertrag begrenzten Kreis von Geschäften versteht, so muss man unter einem Privatamte einen durch das Privatrecht begrenzten Geschäftskreis verstehen. Gegensätzlich bedeutet dann »öffentliches Amt« einen durch das öffentliche Recht begrenzten Kreis von staatlichen oder in Beziehung zum Staate stehenden Geschäften. Dies ist der Begriff des »öffentlichen Amtes« in seiner weitern Fassung. Es fragt sich nun, ob diese Auslegung auch dem Sinne

[1]) cf. Holl Alfred: Begriff des Beamten im strafrechtlichen Sinne.

[2]) Olshausen: § 31, Anm. 7.

des Strafgesetzbuchs, dem Willen des Strafgesetzgebers entspricht. In Beantwortung dieser Frage gehen die Ansichten weit auseinander.

Die vorwiegende, auch die Judikatur beherrschende Meinung gibt dem Begriffe »öffentliches Amt« im Sinne des Strafgesetzes eine wesentlich engere Auslegung. Darnach ist der Begriff des öffentlichen Amtes für das Gebiet des Strafrechts nicht als der Gegensatz des Privatamtes anzusehen, sondern als öffentliches Amt ist nur diejenige Stellung zu betrachten, vermöge deren jemand dazu berufen ist, im Dienste des Reichs oder in unmittelbaren oder mittelbaren Dienste eines Bundesstaates als Organ der Staatsgewalt für Zwecke des Staates tätig zu sein.[1])

Zwei Momente sind es hienach, deren Zusammentreffen ein Amt als ein öffentliches charakterisiert:

1. Die Stellung muss, den Auftrag in sich schliessen, im Dienste des Staatswesens tätig zu sein.

2. Jene Tätigkeit des Beauftragten, als eines Organs der Staatsgewalt muss für staatliche Zwecke erfolgen.

Als nicht entscheidend kann es dagegen für den Begriff des öffentlichen Amtes angesehen werden, dass der Kreis der demselben zugewiesenen Rechte und Pflichten nicht etwa durch das Privatrecht, sondern durch das öffentliche Recht begrenzt und geregelt ist, während die Anhänger jener weitergehenden Auslegung, die ihren Ausgangspunkt von Privatamte nimmt, die öffentlich-rechtliche Regelung des Amtes als das massgebende Moment erachten.

Beiden Auffassungen ist gemeinsam, dass die Tätigkeit des Trägers des Amtes sich auf Gegen-

---

[1]) R.G.E. X. 199.

stände erstrecken muss, die in Beziehung zum Staate stehen. Während aber die Vertreter der einen Auffassung verlangen, dass jene Tätigkeit im unmittelbaren oder mittelbaren Dienste des Staates erfolge, halten die der anderen Auffassung daran fest, dass lediglich der Geschäftskreis, die Rechte und Pflichten, die das Amt mit sich bringt, durch das öffentliche Recht geregelt sein müsse.

Welcher der beiden Interpretationsmöglichkeiten der Vorrang einzuräumen ist, lässt sich nur schwer entscheiden, da sichere Anhaltspunkte sich weder für die eine noch für die andere Auffassung aus dem Gesetze selbst ergeben. Daher wird vor allem der etwaige Sprachgebrauch, sowie die Entstehungsgeschichte der den Begriff des öffentlichen Amtes enthaltenen strafrechtlichen Normen ins Auge zu fassen sein.

Den Beweis vermittelst des Sprachgebrauches nehmen die Vertreter der weitergehenden Auffassung für sich in Anspruch, indem sie behaupten, nur das öffentliche Amt als Gegensatz zum Privatamte aufgefasst, entspreche dem allgemeinen Sprachgebrauche. Allein dem ist entgegenzuhalten, dass es bezüglich des Begriffes »öffentliches Amt« einen festen und bestimmten Sprachgebrauch überhaupt nicht gibt, dass derselbe vielmehr ein völlig schwankender ist, da im gewöhnlichen Leben unter öffentlichen Aemtern bald die durch das öffentliche Recht geregelten Aemter, bald die unmittelbaren oder mittelbaren Staatsämter verstanden werden.

Dagegen sprechen für die engere Auslegung des in Frage stehenden Begriffes vor allem zwei

Momente.[1]) Nach § 359 R.Str.G.B. sind als Beamte ausser den Notaren nur die im Dienste des Reiches oder im unmittelbaren oder mittelbaren Dienste eines Bundesstaates angestellten Personen anzusehen. Es mag nun zugegeben werden, dass sich die Begriffe »Amt« und »Beamter« nicht decken. Während der Beamte im Sinne des Strafgesetzbuchs durch § 359 in die engste Beziehung zum Staatswesen gebracht wird, indem eben nur solche Personen als Beamte im strafrechtlichen Sinne anzusehen sind, welche im unmittelbaren oder mittelbaren Staatsdienste tätig sind, haftet dem Begriffe Amt eine solche Beziehung auf das Staatswesen nicht an. Diese Beziehung auf das Staatswesen erhält ein Amt vielmehr erst durch das Attribut »öffentlich«. Zwischen dem Begriffe des öffentlichen Amtes und dem des Beamten aber besteht ein enger Zusammenhang. Es ist die Regel, dass ein Beamter im Sinne des Strafgesetzes auch ein öffentliches Amt bekleidet; allerdings kann diese Regel durchbrochen werden, indem es möglich ist, dass jemand Beamter ist, ohne dass er ein öffentliches Amt bekleidet, sei es, dass er zur Disposition gestellt oder vom Amte suspendiert ist, sei es, dass jemand zum Beamten ernannt, die Uebertragung eines bestimmten Amtes aber noch vorbehalten worden ist. Allein grundsätzlich bekleidet auch jeder Beamte im strafrechtlichen Sinne ein öffentliches Amt im Sinne der engeren Auffassung, d. h. eine Stellung im unmittelbaren oder mittelbaren Dienste des Staates. Es wäre nun höchst auffallend, wenn das Strafgesetzbuch neben den vom Staate oder von diesem gleichgestellten

[1]) R.G.E. X, 199 ff.

öffentlich-rechtlichen Verbänden wie z. B. den Gemeinden, verliehenen Aemtern auch die in irgendwelcher Weise durch das öffentliche Recht geregelten Aemter, gleichviel durch wen sie übertragen oder verliehen werden, als öffentliche Aemter ansehen wollte, trotzdem aber nur den Trägern der ersteren die Beamteneigenschaft zuerkennen, den Trägern der letzteren dagegen diese Eigenschaft absprechen würde. Vielmehr erscheint es mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 359 weitaus berechtigter, den Begriff des öffentlichen Amtes in Anpassung an den des Beamten im Sinne der herrschenden Meinung auszulegen.

Noch bestimmter ergibt sich dies aus einem Hinweise auf die Bestimmungen des preussischen Strafgesetzbuches auf deren Grundlage der Begriff des öffentlichen Amts Aufnahme in das Reichsstrafgesetzbuch gefunden hat. Im Entwurfe zu einem Strafgesetzbuch für die preussischen Staaten aus den Jahren 1846 und 1847 war in § 359 bezw. § 367 mit Strafe bedroht: »wer sich die Ausübung eines öffentlichen Amtes anmasst oder solche Handlungen eigenmächtig vornimmt, die nur in Kraft eines öffentlichen Amtes vorgenommen werden dürfen, ingleichen wer geistliche Amtshandlungen verrichtet, ohne dazu befugt zu sein«. Im Entwurfe von 1851 kehrt im wesentlichen diese Bestimmung wieder mit der Einschränkung, dass die unbefugte Verrichtung geistlicher Amtshandlungen als nicht mehr strafbar aus dem dem Tatbestand entfernt wurde. Aus dem Entwurfe von 1851 ist sie sodann in das preussische Strafgesetzbuch übergegangen. Im Sinne dieses Gesetzes aber stand der Begriff des öffentlichen Amtes fest. Es wurden unter öffentlichen Aemtern nur die un-

mittelbaren und mittelbaren Staatsämter verstanden. Die Worte »öffentliche Aemter« sind nun aus dem preussischen Strafgesetzbuche in das Reichsstrafgesetzbuch im gleichen Zusammenhange übernommen worden. Dafür aber, dass sie in einem andern Sinne gebraucht werden wollten, als in den als Quelle derselben anzusehenden Bestimmungen des preussischen Strafgesetzbuchs liegen keinerlei Anhaltspunkte vor. Da vielmehr in den Motiven zu den §§ 130 bis 135 R.Str.G.B. ebenso wie bei § 31 ausdrücklich hervorgehoben wurde, diese Vorschriften entsprächen mit wenigen Abweichungen den auf diese Materien bezüglichen Bestimmungen des preussischen Strafgesetzbuchs, so kann und muss angenommen werden, dass der im preussischen Strafgesetzbuch unterstellte Sprachgebrauch, wonach als öffentliche Aemter nur die Aemter im unmittelbaren oder mittelbaren Dienste des Staates angesehen wurden, auch im Reichsstrafgesetzbuch beibehalten worden ist. Wenn die Absicht bestanden haben würde, diesen zu ändern, so wäre es sicherlich nicht unterlassen worden, dies ausdrücklich auszusprechen.

Aus diesen Gründen mag es gerechtfertigt erscheinen, die weitere Auslegung des Begriffes des öffentlichen Amtes als der Absicht des Gesetzes nicht entsprechend, gegenüber der engeren, der Auffassung des preussischen Strafgesetzbuches conformen, hintanzusetzen.

Wenn das Reichsstrafgesetzbuch in § 31 Abs. 2 ausdrücklich die Advokatur, die Anwaltschaft und das Notariat, sowie den Geschworenen- und den Schöffendienst als öffentliche Aemter bezeichnet, so ist diese besondere Hervorhebung hinsichtlich der

Advokatur und der Anwaltschaft vollständig gerechtfertigt. Denn ohne eine solche könnten sie nicht als öffentliche Aemter behandelt werden. Da aber gerade auch ihre Ausübung ein besonderes Vertrauen und ein nach jeder Richtung hin ungeschwächtes Ansehen in der Person ihrer Träger voraussetzen, so hat sich der Gesetzgeber veranlasst gesehen, dieselben ausdrücklich als öffentliche Aemter zu bezeichnen und so zu verhüten, dass diese Aemter von unpassenden Elementen ausgeübt werden.

Hinsichtlich des Notariats, sowie des Geschworenen- und Schöffendienstes errcheint jene ausdrückliche Hervorhebung als überflüssig. Wenn eine solche trotzdem erfolgte, so mag dies auf der Absicht des Gesetzgebers beruhen, hier etwa auftauchende, leicht mögliche Zweifel von vornherein abzuschneiden.

Die gegebene Bestimmung des Begriffes »öffentliches Amt« gilt für das ganze Gebiet des deutschen Reichs und kann durch Landesgesetze keine Aenderung erfahren. Wohl aber kann es geschehen, dass mit Rücksicht auf die verschiedenartige Organisation in den einzelnen Bundesstaaten eine Stellung in dem einen Staate sich als öffentliches Amt, in einem anderen Bundesstaate dagegen als nicht öffentliches Amt darstellt; insoferne, als es dem Einzelstaate überlassen ist, ein Amt als unmittelbares oder mittelbares Staatsamt zu organisieren, verbleibt ihm ein Einfluss auf die Frage, ob ein Amt als öffentliches zu betrachten ist oder nicht. Während sich somit die Frage nach der Oeffentlichkeit eines Amtes nach der eben gegebenen Begriffsbestimmung einheitlich für das ganze Reich entscheidet, ist die Frage, ob ein Amt als unmittelbares oder mittelbares Staatsamt zu

betrachten ist, abgesehen von den Reichsämtern, nach dem Staatsrechte des Einzelstaates zu beurteilen.

Von der Danaidenarbeit einer Aufzählung der einzelnen öffentlichen Aemter muss hier Abstand genommen werden, zumal da ein derartiges Beginnen über das Strafrecht hinaus in das Gebiet des Staatsrechtes führen müsste.

Nur der Kirchenämter sei noch kurze Erwähnung getan. In der Regel werden sie als nicht öffentliche Aemter zu betrachten sein, da sie nach dem Staatsrechte der Einzelstaaten meistens nicht als Staatsämter anzusehen sind. Denn auch bei den Kirchenämtern entscheidet über deren staatsrechtliche Natur das Staatsrecht der Einzelstaaten.[1]) Wenn allerdings nach dem Staatsrechte eines Bundesstaates ein Kirchenamt zugleich als Staatsamt zu betrachten ist, so fällt es auch unter den Begriff des öffentlichen Amtes. Eine einheitliche Antwort darauf, ob ein Kirchenamt als ein Staatsamt sich darstellt, lässt sich auch bezüglich der in einem und demselben Staate bestehenden Kirchenämter der verschiedenen Religionsgesellschaften nicht geben, da die Stellung der einzelnen Religionsgesellschaften zum Staate eine von einander gänzlich verschiedene sein kann. Nur das eine kann als sicher hervorgehoben werden, dass überall da, wo das Territorialsystem herrscht, auch die Kirchenämter als staatliche und mithin als öffentliche Aemter anzusehen sind.[1]) Es hängt dies mit der eigenartigen Natur des genannten Systems zusammen.

---

[1]) cf. Meyer-Allfeld S. 288.

[2]) Franck § 31 Anm. 2.

§ 18.

Oeffentliche Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen.

§§ 33, 34 R.Str.G.B.

In den §§ 33 und 34 R.Str.G.B. werden den öffentlichen Aemtern die öffentlichen Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen an die Seite gestellt.

Was den Begriff »öffentlich« in diesen Wendungen betrifft, so beruht hier die Eigenschaft der Oeffentlichkeit darauf, dass jene Würden, Titel etc. vom Staate oder einer dem Staate ähnlichen öffentlich-rechtlichen Korporation, z. B. der Gemeinde — mithin unter staatlicher Autorität — verliehen oder falls ihre Verleihung auf anderem Wege erfolgt, von der staatlichen Autorität bestätigt werden.[1])

Im einzelnen ist folgendes hervorzuheben:

Unter öffentlicher Würde ist eine vom Staate selbst oder unter seiner Ermächtigung verliehene Ehrenstellung innerhalb einer Gemeinschaft zu verstehen. Ein Beispiel bietet das von der Gemeinde gemäss Artikel 24 der bayerischen Gemeindeordnung f. d. L. d. d. Rheins v. 1869 verliehene Ehrenbürgerrecht.[2]) Dass solche Ehrenstellungen mit Dienstleistungen verbunden sind, wie z. B. die bayerische Reichsratswürde, ist keineswegs erforderlich, denn ihr Zweck ist vor allem der, den Trägern derselben eine ehrende Auszeichnung zu teil werden zu lassen,

---

[1]) Frank § 34, II. 2. Olshausen I § 33 Anm. 7. Meyer-Allfeld S. 314, Anm. 17.

[2]) cf. Hälschner I 609.

ihnen im Kreise der Rechtsgenossen eine erhöhte Stellung zu verschaffen. — Vielfach spricht man auch von einer Doktorwürde. Ob sie tatsächlich unter den Begriff der öffentlichen Würde fällt, oder nur ein öffentlicher Titel ist, erscheint zweifelhaft. Allerdings kann ein Streit darüber von keiner praktischen Bedeutung sein und nur vom terminologischen Standpunkte aus Interesse beanspruchen, da ja die Begriffe »öffentliche Würde« und »öffentlicher Titel« im Strafgesetzbuch stets nebeneinander gebraucht werden. Wenn man aber in dem Streite Stellung nehmen will, so wird man die Doktorwürde — sehr häufig pflegt man auch von Doktortitel zu sprechen — doch als öffentliche Würde und nicht als öffentlichen Titel bezeichnen müssen.[1])

Ob die Hofchargen[2]) als öffentliche Würden anzusehen sind, ist sehr bestritten. Doch dürfte die Frage in bejahendem Sinne zu entscheiden sein, soweit es sich um Chargen handelt, die sich als Ehrenstellungen charakterisieren. Es ergibt sich dies schon aus der einfachen Erwägung, dass, wenn vom Staatsoberhaupte als Repräsentanten des Staates verliehene Orden und Ehrenzeichen, deren Bestimmung es ist, ihren Träger für besondere, vorzügliche Leistungen vor anderen auszuzeichnen, öffentliche sind, ebenso auch die vom Staatsoberhaupte in dieser Eigenschaft ehrenhalber verliehenen Hofchargen als öffentliche Chargen und da jene Chargen eine Würde darstellen, als öffentliche Würden erachtet werden müssen.

Doch sind diese ehrenhalber von dem Repräsentanten des Staates verliehenen Chargen streng zu

[1]) Olshausen: I § 33 Anm. 7.

[2]) Olshausen: I § 33 Anm. 7.

scheiden von den vom Staatsoberhaupte als Privatperson verliehenen Chargen. Diese letzteren pflegen besoldet zu sein und weniger eine Ehrenstellung als eine zur Leistung von Diensten privater Natur verpflichtendes Amt zu sein. Sie sind nicht öffentlich und zwar um deswillen nicht, weil sie im Gegensatze zu den eine Ehrenstellung repräsentierenden Hofchargen vom Herrscher nicht in seiner Eigenschaft als Staatsoberhaupt, sondern in seiner Eigenschaft als Privatmann verliehen werden.

Im Gegensatze zur Würde, die stets eine Ehrenstellung bedeutet, sind Titel [1]) ehrende Bezeichnungen, die durch höhere Verleihung von Staatswegen oder als mit einer bestimmten Rangstellung verknüpft, mit dieser erworben werden derart, dass ihr Träger entweder Beamter ist, oder da dies nicht mit Notwendigkeit der Fall zu sein braucht, wenigstens dem Publikum gegenüber eine öffentlich-rechtliche Stellung einnimmt. Ursprünglich bezeichnete der Titel stets die amtliche Stellung eines Beamten. Eine solche bedeutete aber früher bei der geringen Zahl von Aemtern, die in der Regel ihren Träger in ein näheres Verhältnis zum Staatsoberhaupte brachte, stets eine Ehrung. Um nun durch diese, mit einem solchen Amte verbundene Ehrung auch andere Personen, als nur die Träger jener Aemter auszeichnen zu können, wurde es allmählich üblich, den mit dem Amte verbundenen Namen, eben den Titel, ohne das Amt zu verleihen. Auf diese Weise vollzog sich eine Loslösung des Titels vom Amte und damit eine allmähliche Erweiterung des Begriffes Titel. Diese

[1]) Frank § 360 Anm. VIII, 2a. R.G.E. XXXVII S. 176.

geschichtliche Entwicklung des Begriffes Titel rechtfertigt die Annahme Franks, es gebe Titel, die nur zum Zwecke der Auszeichnung verliehen würden. Ebenso ergibt sich aber auch aus ihr, dass eine aus wissenschaftlicher, künstlerischer oder gewerblicher Tätigkeit sich von selbst ergebende Benennung niemals ein Titel sein kann. Daher ist die an die Ausübung des Schneidergewerbes oder des Schmiedehandwerks sich knüpfende Bezeichnung »Schneider« oder »Schmied« kein Titel. Dagegen muss die Benennung »Schneidermeister« »Schmiedemeister« als Titel angesehen werden. Denn der Meistertitel knüpft sich an eine besondere Rangstellung, die durch eine staatlich normierte Prüfung erworben wird. Andere Bezeichnungen, die sich als Ausfluss einer gewerblichen, künstlerischen oder wissenschaftlichen Tätigkeit charakterisieren, sind Masseur, Kaufmann, Violinvirtuose, Bildhauer, Lehrer, Jurist etc. Sie alle fallen nicht unter den Begriff des Titels. Streitig ist es, ob Hoflieferant [1]) ein Titel ist. Die Frage dürfte trotz entgegenstehender Judikatur [2]) zu bejahen sein; denn wer sich als Hoflieferant bezeichnet, bringt damit nicht nur zum Ausdruck, dass er für den Hof liefert, sondern will damit vor allem besagen, dass ihm der Hof in Anerkennung seiner Lieferung, somit zum Zwecke der Ehrung eine bestimmte Benennung beigelegt hat.

Oeffentliche Orden und Ehrenzeichen endlich sind die vom Staate oder unter dessen Autorität ver-

[1]) v. Schicker: Das Polizeistrafrecht für das Königreich Württemberg, 4. Aufl. 1907 S. 32. Frank § 360 VIII 2a.

[2]) Kammergericht in Goldtammers Archiv f. Strafrecht Bd. XXXVII S. 447.

liehenen äusseren Auszeichnungen für besondere Verdienste. Die Frage wer zur Verleihung im konkreten Falle befugt ist, bestimmt sich nach dem jeweiligen Staatsrechte. In der Regel ist dazu das Staatsoberhaupt berufen.

Eine Grenze zwischen den Orden und Ehrenzeichen zu ziehen zu versuchen, dürfte vergebliche Mühe sein. Doch ist Ehrenzeichen der weitere Begriff. Denn Ehrenzeichen sind ehrende Zeichen. Darunter fallen aber auch die Orden. Beide unterscheiden sich nur dadurch, dass Orden höhere Auszeichnungen bedeuten, womit jedoch nicht gesagt sein soll, dass sie stets für Leistungen verliehen werden, die an Güte den mit einem blossen Ehrenzeichen im engeren Sinne gewürdigten, voranstehen.

§ 19.

I.

Oeffentliche Angelegenheiten.

§§ 34, 108, 109 R.Str.G.B.

Der Begriff der öffentlichen Angelegenheiten findet sich an drei Stellen des Reichsstrafgesetzbuches als selbständiger Begriff. Auch über seine Interpretation bestehen lebhafte Meinungsgegensätze.

Ohne Zweifel sind zunächst die sämtlichen staatlichen Angelegenheiten als öffentliche zu erachten, sowohl die sich unmittelbar auf das deutsche Reich als auch die sich auf die Glieder desselben, die deutschen Einzelstaaten, beziehenden Angelegenheiten. Selbstverständlich sind auch die Angelegenheiten ausländ-

discher Staatswesen als öffentlich anzusehen, doch beziehen sich auf sie die Vorschriften der §§ 34, 108 und 109 nicht.[1])

Es fragt sich nun: ist mit dieser Auslegung der Begriff der öffentlichen Angelegenheiten erschöpft?

Von der einen Seite[2]) wird diese Frage bejaht. Darnach sind also öffentliche Angelegenheiten und staatliche Angelegenheiten identisch. Natürlich zählen zu den staatlichen Angelegenheiten nicht nur die sich unmittelbar auf den Staat beziehenden, sondern auch jene, denen diese Beziehung nur mittelbar innewohnt. Die letzteren werden gebildet durch die Angelegenheiten der dem Staate untergeordneten öffentlich- rechtlichen Verbände, der Provinzen, Kreise und Gemeinden.

Auf der andern Seite erfährt der in Frage stehende Begriff eine erhebliche Ausdehnung in der Weise, dass zu den öffentlichen Angelegenheiten alle durch das öffentliche Recht geregelten, sich nach öffentlichem Rechte beurteilenden und damit alle, wenn auch in noch so entfernte Beziehung zum Staate gebrachten Angelegenheiten gerechnet werden.[3])

Noch von einem dritten Gesichtspunkte aus kann der Begriff der öffentlichen Angelegenheiten betrachtet werden. Stellt man sich auf den Standpunkt, dass

---

[1]) v. Liszt. S. 554; zu § 108 Str.G.B.

[2]) v. Liszt a. a. O. Meyer-Allfeld S. 313.

[3]) cf. Lutz. Der Begriff der Oeffentlichkeit im Reichsstrafgesetzbuche u. d. strafrechtl. Nebengesetzen. S. 14. (Aehnlich Frank. § 108 I.) wo dies zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, gleichwohl aber im Hinblicke auf die nachfolgende Definition der »öffentl. Wahl« nicht anders verstanden werden kann.

öffentliche Angelegenheiten den Gegensatz zu den rein privaten, nur die Verhältnisse der Einzelindividuen berührenden Angelegenheiten bilden, so wird man unter den ersteren alle jene Angelegenheiten verstehen müssen, die die Allgemeinheit berühren, sodass sowohl politische und religiöse, als auch soziale Angelegenheiten davon umfasst werden.

Diese letztangeführte Auslegung des fraglichen Begriffes ist nun zweifellos zu weitgehend und der Absicht des Gesetzes nicht entsprechend, soferne man unter Allgemeinheit die nicht organisierte Mehrheit der Volksgenossen versteht. Versteht man unter Allgemeinheit aber die Organisation der Rechtsgenossen, welche nichts anderes bedeutet als den Staat selbst, so fällt diese Auffassung bald mit der einen, bald mit der anderen der noch erwähnten Auslegungen zusammen, wechselnd nach der Forderung einer näheren oder weiteren Beziehung der Angelegenheit zum Staate.

Aber auch die den goldenen Mittelweg einschlagende Ansicht, welche die durch das öffentliche Recht geregelten Angelegenheiten als öffentliche erachtet, ist als noch zu weitgehend zu verwerfen, sodass die Identifizierung der öffentlichen und der staatlichen Angelegenheiten als die richtige Auslegung erübrigt. Hiefür spricht in deutlicher Weise der Zusammenhang, indem der Ausdruck »öffentliche Angelegenheit« in § 34 Ziff. 4 R.Str.G.B. gebraucht wird. Der eben bezeichnete Paragraph bestimmt in Ziff. 4:

»Die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte bewirkt die Unfähigkeit während der im Urteile bestimmten Zeit in öffentlichen Angelegenheiten zu

stimmen, zu wählen oder gewählt zu werden oder andere politische Rechte auszuüben.«

Der Zusatz »oder andere politische Rechte auszuüben« gestattet nun einen Schluss auf den Begriff der öffentlichen Angelegenheiten. Denn unter politischen Rechten sind die Rechte in staatlichen Angelegenheiten zu verstehen, wie schon der Ausdruck »politisch«, von dem griechischen Wort πόλις = Staat, πολιτικός = staatlich abgeleitet, erkennen lässt. Wenn aber das Gesetz von »anderen politischen« Rechten spricht, so muss auch das Wählen und das Stimmen in öffentlichen Angelegenheiten ein politisches, ein staatliches Recht sein. Da aber das Wählen und Stimmen an sich keine politischen Rechte sind, so kann das politische, staatliche Moment nur durch die Worte »in öffentlichen Angelegenheiten« geschaffen werden. In ihnen wohnt also der Hinweis auf den Staat, sodass die Annahme der Identität von staatlichen und öffentlichen Angelegenheiten aus diesen Schlüssen heraus gerechtfertigt erscheint.

Aber auch die Stellung der §§ 108 und 109 R.-Str.G.B., in welchen von öffentlichen Angelegenheiten die Rede ist, spricht für diese Identifizierung. Die erwähnten Paragraphen finden sich nämlich im 5. Abschnitt des II Teiles. Dieser 5. Abschnitt ist aber überschrieben: »Verbrechen und Vergehen in Beziehung auf die Ausübung staatsbürgerlicher Rechte.« Hätte nun der Gesetzgeber unter öffentlichen Angelegenheiten nicht nur die staatlichen, sondern alle durch das öffentliche Recht geregelten Angelegenheiten verstanden wissen wollen, so hätte er logischer Weise die beiden Paragraphen nicht in den in der

angeführten Weise betitelten Abschnitt aufnehmen dürfen, da es sich dann nicht mehr um den Schutz staatsbürgerlicher Rechte, sondern um den Schutz viel weiter gehender Interessen handeln würde. Nachdem die beiden Normen aber tatsächlich unter dem oben bezeichneten Titel angeführt sind, spricht ihre Stellung für die Richtigkeit der engeren Auslegung in dem bezeichneten Sinne.

Auch der in § 107 R.Str.G.B. gebrauchte Ausdruck »in Ausübung staatsbürgerlicher Rechte« bedeutet nichts anderes als in »Ausübung staatlicher Rechte«[1]) oder »in öffentlichen Angelegenheiten«. Der Begriff »staatsbürgerliche Rechte« darf nicht so eng gefasst werden, dass man darunter nur eine besondere Art staatlicher Rechte, nämlich die durch die Staatsbürgereigenschaft begründeten Rechte versteht, sondern es fallen die sämtlichen politischen Rechte darunter, also auch das Recht zur Wahl in Gemeindeangelegenheiten. Der Gesetzgeber würde mithin um Irrtümer zu vermeiden, besser de lege ferenda statt von staatsbürgerlichen, von politischen oder staatlichen Rechten sprechen.

II.

Oeffentliche Wahlen.

§§ 33, 83, 87, 88, 89, 90, 94, 95 R.Str.G.B.

Mit dem Begriffe »öffentliche Angelegenheiten« hängt eng zusammen der Begriff der öffentlichen Wahlen«. Die Auslegung des ersteren Begriffs ist für die des letzteren massgebend.

[1]) v. Liszt zu § 108 S. 554 R.G.E. VII, 223.

Wer die öffentlichen mit den staatlichen Angelegenheiten identifiziert, muss diese Gleichstellung auch bei den öffentlichen Wahlen eintreten lassen, wobei natürlich auch hier der Ausdruck »staatlich« in seiner Ausdehnung auf die dem Staate untergeordneten öffentlich-rechtlichen Verbände zu fassen ist. Oeffentliche Wahlen sind daher die in öffentlichen d. h. staatlichen Angelegenheiten stattfindenden oder noch kürzer ausgedrückt: öffentliche Wahlen sind staatliche Wahlen. Den Gegensatz zu den öffentlichen Wahlen bilden also nicht die »geheimen« Wahlen, sondern die in nicht öffentlichen Angelegenheiten erfolgenden. Hierher gehört z. B. die Wahl zum Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, die Wahl eines Konkursverwalters durch die Konkursgläubiger.

Der Sprachgebrauch könnte es nahe legen, unter öffentlichen Wahlen solche zu verstehen, an denen sich jedermann beteiligen kann. Aber in der Gesetzessprache werden solche Wahlen nicht als öffentlich bezeichnet, sondern der Gesetzgeber bedient sich, um dieses Moment zum Ausdruck zu bringen, des Wortes »allgemein« und nennt Wahlen mit allgemeiner Beteiligungsmöglichkeit »allgemeine Wahlen«.

Nach anderer, weitergehender Ansicht [1]) sind öffentliche Wahlen die durch die Gesetzgebung vorgesehenen und geregelten. Den Gegensatz zu ihnen würden die in Privatangelegenheiten stattfindenden Wahlen bilden. Da aber, wie bereits erwähnt, die Auslegung des Begriffes »öffentliche Angelegenheiten« präjudiziell ist, für die Beurteilung des Begriffes »öffentliche Wahlen«, der erstere Begriff jedoch, wie

[1]) Lutz: Der Begriff der Oeffentlichkeit etc. S. 14.

aus den Zusammenhang, indem er verwendet wird und aus der Stellung, die ihm im Reichsstrafgesetzbuche eingeräumt ist, zu folgern ist, nur als mit staatlichen Angelegenheiten identisch aufgefasst werden kann, so muss auch jene weitergehende Auslegung des Begriffes der öffentlichen Wahlen als rechtsirrtümlich angesehen werden.

Scheinbar eine Mittelmeinung vertritt Oppenhoff,[1]) der zwar die öffentlichen Angelegenheiten als gleichbedeutend mit Staatsangelegenheiten und dementsprechend die öffentlichen Wahlen als gleichbedeutend mit staatlichen Wahlen auffasst, dann aber unter staatlichen Wahlen nicht nur die in Angelegenheiten des Staates oder der ihm untergeordneten öffentlich-rechtlichen Verbände stattfindenden, sondern auch die in Angelegenheiten aller in den Staatsorganismus eingreifenden Gemeinheiten erfolgenden Wahlen versteht und folgerichtig sodann auch z. B. den Wahlen zu den Handelskammern und Gewerbekammern den Charakter von öffentlichen Wahlen beilegt Allein in Wirklichkeit fällt diese Ansicht mit der, welche die öffentlich-rechtliche Regelung zur Voraussetzung der Oeffentlichkeit einer Wahl macht, im wesentlichen zusammen. Das Endergebnis beider wird in der Regel das Gleiche sein.

[1]) Oppenhof § 34 Nr. 4.

§ 20.

I.

Oeffentlicher Dienst.

§§ 123, 124 R.Str.G.B.

Das in den §§ 123, 124 R.St.G.B. geschützte Rechtsgut ist das Hausrecht, d. h. das Interesse an ungestörter Betätigung des eigenen Willens in der eigenen Wohnung und dem umfriedeten Besitze, an dem freien Schalten und Walten in Haus und Hof.[1])

Das Reichsstrafgesetzbuch selbst scheidet die Objekte, an welchen der Hausfriedensbruch begangen wird, in zwei Arten: in die Räume privater und in die zum öffentlichen Dienste bestimmten Räume. Wenn nun der Gesetzgeber zuerst von den dem Privatverkehre dienenden Räumen spricht und hieran die zum Dienst bestimmten Räume anreiht, so ergibt sich aus dieser Gegenüberstellung, in welchem Sinne er die zuletzt genannten Räume aufgefasst haben will.

Darnach sind unter »Räumen, welche zum öffentlichen Dienste bestimmt sind«, solche Räume zu verstehen, deren Bestimmung es ist, zur Vornahme einer Tätigkeit zu dienen, welche unmittelbar oder mittelbar das staatliche Interesse betrifft, welche auf die Wahrung staatlicher Interessen abzielt.[2]) Eine solche das Staatsinteresse berührende Tätigkeit liegt aber stets dann vor, wenn sie von einem staatlichen oder gemeindlichen Beamten in dieser Eigenschaft, oder zwar von einer Privatperson, aber unter staatlicher

---

[1]) v. Liszt Lehrbuch S. 40.

[2]) cf. Frank § 23 No. 4 Olshausen I. § 23 Anm. 7.

Aufsicht vorgenommen wird. Hieraus ergibt sich, dass öffentlicher Dienst nichts anderes ist, als die Vornahme einer amtlichen oder einer unter amtlicher Aufsicht stehenden Tätigkeit, wobei der Begriff »amtlich« in dem öffentlich-rechtlichen Sinne des § 17 aufzufassen ist. Als Schauplatz öffentlicher Dienste sind daher z. B. vor allem die Räume öffentlicher Schulen zu erachten.[1]) Dies ist zweifellos, solange die Lehrtätigkeit durch vom Staate bestellte Kräfte ausgeübt wird, wie z. B. bei den humanistischen Gymnasien. Ebenso unzweifelhaft ist dies, wenn die Lehrkräfte von einem dem Staate untergeordneten öffentlich-rechtlichen Verbande berufen werden. Aber auch dann gilt dies noch, wenn die Schule zwar privaten Charakter trägt, die Lehrtätigkeit nicht durch öffentlich bestellte Personen ausgeübt wird, der Staat jedoch das Recht der Oberaufsicht über den Unterrichtsbetrieb sich vorbehalten hat. Erst dann, wenn die Schule rein Privatschule ist, d. h. wenn sie auch nicht mehr unter der Aufsicht des Staates steht, können auch ihre Räume nicht mehr als zum öffentlichen Dienst bestimmt betrachtet werden.

Nicht jeder Raum, der zur Vornahme einer das Staatsinteresse betreffenden Tätigkeit tatsächlich dient, fällt unter die zweite Kategorie jener Objekte, an denen der Hausfriedensbruch begangen wird, sondern es gehören nur solche Räume hierher, deren Zweckbestimmung es ist, zur Ausübung derartiger Tätigkeit dauernd zu dienen. Daher ist das Zimmer einer Wirtschaft, in welchem der Untersuchungsrichter die dorthin bestellten Zeugen vernimmt, kein zum öffentlichen Dienst

[1]) Goldtammers Archiv für Strafrecht Bd. 49 S. 121.

bestimmter Raum, ebensowenig wie ein umfriedeter Hof, in welchen ein gerichtlicher Augenschein eingenommen wird. Wohl handelt es sich in beiden Fällen um Ausübung öffentlichen Dienstes, aber es fehlt dem betreffenden Raume die erforderliche dauernde Zweckbestimmung zur Vornahme eben jenes Dienstes zu dienen.

Dagegen sind als zum öffentlichen Dienste bestimmte Räume anzusehen der in einem Eisenbahnzuge laufende Postwagen,[1]) welcher für den Aufenthalt und die Tätigkeit des Bahnpostbeamten bestimmt ist, ferner der zum Aufenthalt des Zugspersonals bestimmte Dienstwagen, desgleichen der Gepäckwagen, sowie der sich auf der Lokomotive befindliche Raum für den Zugführer.

Gleichgültig ist es, ob die zum öffentlichen Dienste bestimmten Räume jedermann, oder nur den darin beschäftigten Beamten zugänglich sind. Denn die Oeffentlichkeit bezieht sich hier nur auf den Dienst. Diese aber besteht, wie ausgeführt darin, dass der Dienst amtlichen Charakter trägt oder doch unter amtlicher Aufsicht ausgeübt wird.

II.

Oeffentliche Arbeiten.

§ 15 R.Str.G.B.

An dieser Stelle sei noch in aller Kürze der in § 15 R.Str.G.B. erwähnten öffentlichen Arbeiten gedacht. Dass ihre Behandlung in aller Kürze erfolgt,

[1]) Oppenhoff § 123 Anm. 6. Olshausen § 123 Anm. 7.

sei damit gerechtfertigt, dass eine eingehende Erörterung des Oeffentlichkeitsbegriffes hier nur geringe Bedeutung haben kann, da, wie der Wortlaut des § 15 Absatz 2 ergibt, die Verwendung von Zuchthaussträflingen zu allen Arbeiten, also auch zu nicht öffentlichen Arbeiten, gestattet ist. Der Anspruch des Begriffes »öffentliche Arbeiten« auf besondere Beachtung entfällt hiemit. Nur soviel sei hervorgehoben, dass öffentliche Arbeiten alle jene Arbeiten sind, welche von einer Staatsbehörde unternommen werden.

§ 21.

I.

Oeffentliche Kassen.

§ 353 R.Str.G.B.

Im 28. Abschnitt des zweiten Teiles des Reichsstrafgesetzbuches gibt der Gesetzgeber in einer ziemlich systemlosen Anordnung ein eigenes Beamtenstrafrecht. Hier findet sich in § 353 eine Vorschrift, die einen Beamten, welcher Steuern, Gebühren oder andere Abgaben für eine öffentliche Kasse zu erheben hat, mit Strafe bedroht für den Fall, dass er wider besseres Wissen nicht geschuldete Abgaben erhebt und diese zur Kasse zu bringen unterlässt. Das von der bezeichneten Gesetzesbestimmung an dieser Stelle Interessierende ist der Begriff der öffentlichen Kasse.

In weitester Fassung könnte man als öffentliche Kassen all jene Kassen bezeichnen, die auf gesetz-

licher Grundlage beruhen, sei es, dass lediglich ihre Errichtung kraft Gesetzes zu geschehen hat, sei es, dass auch ihre Organisation in gesetzlicher Weise geregelt ist. Dass durch derartige Auslegung der Kreis der öffentlichen Kassen viel zu weit gezogen würde, erhellt jedoch ohne weiteres.

Vielmehr sind unter öffentlichen Kassen richtiger Ansicht nach alle unter staatlicher oder kommunaler Verwaltung stehenden Kassen, welche zur Wahrnehmung der Interessen öffentlich-rechtlicher Gemeinwesen dienen,[1]) zu verstehen. Zweierlei ist darnach dem Begriffe der öffentlichen Kasse wesentlich: Die staatliche oder kommunale Verwaltung, sowie die Wahrnehmung der Interessen öffentlich-rechtlicher Gemeinwesen. Hieraus ergibt sich, dass es für den Begriff der öffentlichen Kasse an und für sich ohne Bedeutung ist, welchen Charakter die in sie fliessenden Gelder tragen.[2]) Daher sind z. B. auch die städtischen Sparkassen, die sich vornehmlich mit der Verwaltung privater Gelder beschäftigen, an sich öffentliche Kassen. Ein weiteres Beispiel für eine öffentliche Kasse bietet die Gemeindekrankenversicherungskasse. Sie ist eine kommunale Einrichtung, deren Verwaltung von den Organen der Gemeinde geführt wird. Dass sie auch zur Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Interessen dient, kann nicht geleugnet werden.

Für den Tatbestand des § 353 R.Str.G.B. kommen aber nicht alle Kassen, die sich nach dem Gesagten

---

[1]) cf. R.G.E. Bd. XXIII. S. 263. Hälschner Bd. II S. 1086.

[2]) A. M. Olshausen II § 253 Anm. 2 b.

als öffentliche darstellen, in Betracht, sondern nur solche, deren Einnahmen sich aus Abgaben zusammensetzen. Die Abgaben zerfallen in Steuern und Gebühren[1]), wobei unter ersteren solche Abgaben zu verstehen sind, welche der Staat zwangsweise ohne spezielle Gegenleistung aus allgemeiner Bürgerpflicht und nach allgemeinem Massstabe fordert, unter den letzteren dagegen solche Abgaben, welche für die Benutzung von Staatsanstalten, die zur Aufrechterhaltung civilisierter Staatsordnung notwendig sind, deren Dienste aber gleichzeitig dem sie in Anspruch nehmenden Einzelnen einen besonderen Vorteil bieten, im Verhältnis zu dem geleisteten Dienste als tarifmässige Vergütung zu zahlen sind. Von dem Staatsbegriffe werden hier natürlich die öffentlich rechtlichen Verbände, in Bayern also die Gemeinden, Distrikte und Kreise mitumfasst. Auch sie haben das Steuer- und Gebührenforderungsrecht; nur spricht man bei ihnen nicht von Steuern, sondern von Umlagen. Die rechtliche Natur beider ist jedoch die gleiche. Andere Abgaben, als Steuern und Gebühren gibt es nicht, weshalb die Ausdrucksweise des Gesetzes ungenau ist, wenn es von »anderen Abgaben« spricht.

Der Umstand, dass das Strafgesetzbuch von der »Erhebung von Steuern, Gebühren oder anderen Abgaben für eine öffentliche Kasse spricht, veranlasst Olshausen[2]) die Grundlage der Oeffentlichkeit einer Kasse nicht in den oben genannten Essentialien zu erblicken, sondern das Vorliegen der Oeffentlichkeit

[1]) Olshausen II § 353 Anm. 2 a.

[2]) Olshausen II § 353 Anm. 2 b.

von der Erhebung von Abgaben abhängig zu machen. Hienach sollen nur jene Kassen öffentliche sein, in welche Abgaben fliessen, nicht aber z. B. die Kassen industrieller Unternehmungen des Reichs eines Bundesstaates oder einer Kommune, wenngleich auch letztere, bezw. deren Einnahmen der Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Interessen dienen. Allein dieser Ansicht dürfte nicht zuzustimmen sein. Richtig ist, dass Kassen, welche Steuern und Gebühren erheben, stets öffentliche sind, aber nicht deshalb, weil sie Abgaben vereinnahmen, sondern deshalb, weil, wie sich aus dem Wesen der Steuern und Gebühren ergibt, diese Abgaben nur von staatlichen oder kommunalen Kassen im öffentlichen Interesse, zum Zwecke allgemeiner Interessenwahrnehmung erhoben werden können.

II.

Oeffentliche Gelder.

§ 90 R.Str.G.B.

Die mehrfach erwähnten Steuern und Gebühren leiten über zu dem Begriffe »öffentliche Gelder.«

Da die Steuern und Gebühren erhoben werden, um dem Staate oder der Kommune Mittel zur Durchführung der Staats- und Kommunalzwecke in die Hand zu geben, so sind die erhobenen Steuern und Gebühren öffentliche Gelder. Denn öffentliche Gelder sind solche, welche dem Staate oder den ihm untergeordneten öffentlich-rechtlichen Verbänden zur Erfüllung ihrer Aufgaben dienen, welche somit zu diesem

Zwecke zur Verfügung des Staates oder des Kommunalverbandes stehen, sei es dass sie sich in der Zentralkasse des betreffenden Verbandes, sei es, dass sie in den Kassen der einzelnen Behörden sich befinden.

§ 22.

I.

Oeffentliche Anstalten.

§ 174 R.Str.G.B.

Die in § 174 Ziffer 3 vom Gesetzgeber ins Auge gefassten zur Pflege von Armen, Kranken oder anderen Hülflosen bestimmten Anstalten müssen öffentliche sein.

Auf den ersten Blick möchte man versucht sein, das vom Gesetze geforderte Moment der Oeffentlichkeit der Anstalt darin zu erblicken, dass die genannten Anstalten etwa der Allgemeinheit offen stehen müssen, sodass jede der durch das Gesetz näher bezeichneten Personen Aufnahme darin finden kann. In der Tat versteht auch Rubo[1]) unter öffentlichen Anstalten der bezeichneten Art nur solche Anstalten, in die jeder Kranke aufgenommen werden muss, welcher den für die Aufnahme vorgesehenen Bedingungen entspricht. Diese Beziehung der Oeffentlichkeit auf die Oertlichkeit findet aber im Gesetze keine Stütze. Es lässt sich auch kein Grund erkennen, warum der Gesetzgeber nur die Insassen öffentlicher Anstalten in diesem Sinne als besonderen Schutzes bedürftig erachten sollte.

Da der Ausdruck »Anstalt« ohne Zweifel mehr das Institut als solches, wie das das Institut aufnehmende, seine räumliche Grundlage bildende Ge-

[1]) Rubo Kommentar z. Str.G.B. § 174.

bäude im Sinne hat, muss es sich um etwas anderes als die Oeffentlichkeit des Ortes handeln[1]).

Die herrschende Meinung betrachtet jene Anstalten als öffentliche, welche aus öffentlichen Mitteln, aus öffentlichen Fonds unterhalten werden. Oeffentliche Mittel aber sind diejenigen Mittel, die ihre Verwendung durch den Staat oder andere öffentlich-rechtliche Verbände zum Zwecke der Erfüllung staatlicher oder kommunaler Aufgaben finden.

Zweifellos ist es eine der höchsten Aufgaben des Staates für das Wohlergehen seiner Mitglieder, für die Erhaltung und Wiederherstellung der Gesundheit seiner Angehörigen zu sorgen. Dieser Aufgabe genügt der Staat durch zahlreiche hygienische Massregeln und mannigfache die Wohlfahrt erhaltende und fördernde Institute und Anstalten, sei es dass sie von ihm selbst, sei es dass sie vom den ihm untergeordneten Kommunen ausgehen. In der Erfüllung dieser Aufgabe wird der Staat aber auch unterstützt durch rege Privattätigkeit. Während jedoch für die staatlichen Einrichtungen in erster Linie sozialpolitische Erwägungen, und nicht etwa materielle Gewinnerzielung, massgebend sind, bezweckt die Privattätigkeit auf diesem Gebiete vor allen Gütererwerb für Private. Materieller Gewinn bildet in der Regel den Grundgedanken der privaten Unternehmungen. Infolge eben dieses Strebens nach Gewinn, ist es meistens nur den bemittelten Klassen der Bevölkerung möglich, von jenen Privatanstalten Gebrauch zu machen. Da den minderbemittelten Personen die Pflege in Privatanstalten mithin verschlossen bleibt,

[1]) Olshausen I § 174 Anm. 17.

[2] Olshausen a. a. O. Frank § 174 Anm. IV. 3.

hat sich ihrer in ganz besonderem Masse der Staat anzunehmen. Denn während der wohlhabende Teil der Bevölkerung in zahlreichen Privatanstalten Aufnahme finden kann, und jederzeit in der Lage ist, die Anstalt zu wechseln, sind die ärmeren Schichten der Bevölkerung auf die staatlichen Anstalten, deren Wechsel ihnen nicht beliebig frei steht, angewiesen, indem sie sich eben wegen ihrer Mittellosigkeit nur der keine Erwerbszwecke verfolgenden Anstalten — und das sind eben fast durchaus die staatlichen oder kommunalen Anstalten — bedienen können. Da aber gerade dieses Angewiesensein auch gegenüber den Angestellten jener Anstalten ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis zur Folge hat, so sah sich der Gesetzgeber veranlasst, die Insassen derselben eines erhöhten Schutzes für bedürftig zu erachten.

Der Zweck des § 174 Ziffer 3 ist somit auf die Verhütung des Missbrauches jenes Abhängigkeitsverhältnisses gerichtet. Da aber der Staat von dem Grundsatze ausgeht, dass er, sowie die Kommunen der privaten Erwerbstätigkeit so wenig wie möglich Konkurrenz machen dürfen, so bestehen die staatlichen und kommunalen Anstalten der in Frage stehenden Art vorwiegend zu Gunsten der ärmeren Bevölkerung. Daraus erhellt aber auch, dass gerade bei den staatlichen und kommunalen Anstalten, das Abhängigkeitsverhältnis ihrer Insassen von den Angestellten jener Anstalten am stärksten hervortritt. Um nun den dem § 174 Ziffer 3 zu Grunde liegenden Gedanken des Gesetzgebers zur vollen Geltung kommen zu lassen, muss der Begriff »öffentlich« hier im weitesten Sinne ausgelegt werden. Dies kann aber nur dadurch geschehen, indem man unter öffentlichen

Anstalten alle durch öffentliche Mittel in dem angegebenen Sinne unterhaltene versteht.

Wollte man, wie es teilweise auch geschieht[1]), als öffentliche Anstalten nur die unter staatlicher oder kommunaler Leitung, unter amtlicher Verwaltung stehenden Anstalten betrachten, so würde dies eine dem Zwecke der Gesetzesbestimmung zuwiderlaufende Einengung des Oeffentlichkeitsbegriffes bilden, die zur Folge hätte, dass die Insassen einer erheblichen Anzahl von Anstalten, obgleich sie des Schutzes des § 174 Ziffer 3 dringend bedürften, doch dieses Schutzes nicht teilhaftig wären. So müssten z. B. die Insassen all jener Anstalten, deren Verwaltung in den Händen Privater, beispielsweise eines gemeinnützigen Vereins, liegt, des strafrechtlichen Schutzes entbehren, wenngleich der Staat oder die Kommune einen erheblichen Teil der Unterhaltung jener Anstalten bestreitet, und durch diese Beiträge zur Unterhaltung kundgibt, dass diese Anstalten, als die gleichen Zwecke verfolgend wie die staatlichen und kommunalen Anstalten, diesen letzteren gleich geachtet werden. Damit wird aber auch zugleich das besondere Schutzbedürfnis ihrer Insassen anerkannt. Gleichwohl müsste ihnen nach dieser engeren Auslegung des Begriffes »öffentlich« der strafrechtliche Schutz versagt werden. Ohne Zweifel ein unbilliges Ergebnis, für welches das Gesetz keine Anhaltspunkte bietet.

Die aus öffentlichen Mitteln unterhaltenen Anstalten werden in der Regel Eigentum des unterhaltenden Staates oder Kommunalverbandes sein und dann unter seiner direkten Leitung stehen; aber ab-

---

[1]) Lutz: Der Begriff der Oeffentlichkeit etc. S. 16.

solut erforderlich ist dies nicht[1]). Vielmehr sind, wie oben ausgeführt, auch solche Anstalten als öffentliche zu erachten, die zwar im Privateigentum stehen und privater Verwaltung unterliegen, aber um ihrer sozialen Bedeutung willen aus öffentlichen Mitteln unterstützt werden. Sehr wohl denkbar ist es auch, dass öffentliche Anstalten weder dem Staate oder der Kommune, noch auch Privaten gehören, sondern selbst mit Korporationsrechten ausgestattet sind. Ebenso denkbar ist es, dass eine im öffentlich-rechtlichen Eigentum stehende Anstalt den Charakter der Oeffentlichkeit trägt, obwohl sie lediglich auf Privatwohltätigkeit beruht. Denn wenngleich die zur Unterhaltung der Anstalt notwendigen Mittel zunächst aus privater Hand fliessen, so finden sie doch ihre Verwendung unmittelbar durch den Staat oder die Kommune zum Zwecke der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben[2]).

II.

Oeffentliche Armenmittel.

§ 361 Ziffer 7 R.Str.G.B.

Die gleiche soziale Zweckbestimmung, welche den öffentlichen Anstalten des § 174 Ziffer 3 R.Str.G.B. zu Grunde liegt, findet sich auch bei den in § 361 Ziffer 7 R.Str.G.B. angeführten »öffentlichen Armenmitteln.«

Darunter sind alle zur Armenpflege d. h. zur Pflege solcher Personen, die sich nicht durch eigene Kraft ihren Unterhalt verschaffen können, bestimmten

[1]) Rüdorff Str.G.B. f. d. Deutsche Reich § 174 No. 11.

[2]) Olshausen I § 174 Anm. 17.

Leistungen zu verstehen, die von einer unmittelbar oder mittelbar dem Staate angehörenden Behörde oder unter deren Leitung und Aufsicht ausgegeben werden[1]). Von dem Charakter des unmittelbaren Gebers hängt es somit ab, ob Armenmittel als öffentliche anzusehen sind.

Den Gegensatz zu den öffentlichen Armenmitteln bilden diejenigen Armenunterstützungen, die an die Hilfsbedürftigen unmittelbar durch Private gegeben werden. Auch die von privaten Vereinigungen, von privaten Unterstützungsvereinen gewährten Armenmittel tragen nicht den Charakter der Oeffentlichkeit. Wohl aber sind die auf Privatwohltätigkeit beruhenden Fonds öffentliche Armenmittel, wenn sie dem Staate oder einer Kommune zum Zwecke der Armenpflege überlassen werden. Denn der unmittelbare Geber ist hier nicht mehr der Private, sondern der Staat oder die Kommune, bezw. deren Organe.

Als öffentliche Armenmittel sind daher vor allem die auf Grund des Unterstützungswohnsitzgesetzes durch die Orts- und Landarmenverbände, sowie die auf Grund des bayerischen Gesetzes, betr. die öffentliche Armen- und Krankenpflege durch die Orts-, Distrikts- und Kreisgemeinden gewährten Leistungen anzusehen, soweit nicht in diesen Gesetzen selbst wieder Ausnahmen geschaffen sind. Diese Ausnahmen betreffen dann aber nicht den Begriff der Oeffentlichkeit, sondern den der Armenmittel oder Armenunterstützung.

---

[1]) Olshausen § 361 Anm. zu Ziff. 7 a. Oppenhof Anm. 47.

§ 23.

Oeffentliche Zeichen der Autorität und öffentliche Hoheitszeichen.

§§ 103a 135 R.Str.G.B.

Eines besonderen strafrechtlichen Schutzes erfreuen sich die öffentlichen Zeichen der Autorität des Reiches oder eines ausländischen d. h. nicht zum deutschen Reiche gehörigen Staates, sowie die öffentlichen Zeichen der Autorität eines Bundesfürsten. Diesen Zeichen sind die Hoheitszeichen deutscher Bundesstaaten sowie ausländischer Staaten zur Seite gestellt.

Zunächst taucht die Frage auf, ob das Erfordernis der Oeffentlichkeit, wie es vom Gesetze ausdrücklich hinsichtlich der Zeichen der Autorität ausgesprochen wird, auch auf die Hoheitszeichen auszudehnen ist. Wohl wiederholt der Gesetzgeber den Ausdruck »öffentlich« bei den Hoheitszeichen nicht mehr ausdrücklich, sodass die Wortfassung dafür spricht, dass das Moment der Oeffentlichkeit bezüglich der Hoheitszeichen nicht verlangt werden darf. Allein die Zeichen der Autorität stehen zu den Hoheitszeichen, wie noch darzulegen ist, in solch naher Beziehung und Verwandtschaft, dass sich eigentlich kein Grund erkennen lässt, warum der Gesetzgeber in der Behandlung beider Begriffe eine derartige Ungleichheit eintreten lassen sollte. Der den §§ 103a und 135 zu Grunde liegende Gedanke muss dazu führen, die Ausdehnung des Erfordernisses der Oeffentlichkeit auch auf die Hoheitszeichen, als dem Willen des Gesetzgebers entsprechend, zu verlangen. Der ur-

sprüngliche Zweck der in Frage stehenden Vorschriften ist nicht, die böswillige Wegnahme, Zerstörung oder Beschädigung jener Zeichen mit Strafe zu ahnden, vielmehr soll die Strafe wegen der in jenen Handlungen liegenden Missachtung der Staatsgewalt eintreten. Würde die Bestrafung aus den §§ 103a, 135 an die böswillige Wegnahme, Zerstörung oder Beschädigung sowohl öffentlicher als auch nicht öffentlicher Hoheitszeichen geknüpft, so würde hiedurch jedenfalls über den Zweck jener Gesetzesbestimmungen hinausgegangen werden. Denn es müssten die genannten Vorschriften z. B. auch dann zur Anwendung gelangen, wenn an einem bundesstaatlichen Hoheitszeichen, das ein Privatmann in seiner Wohnung, etwa zu deren Schmucke, angebracht hat, eine böswillige Beschädigung, vielleicht nur um den Besitzer zu ärgern, vorgenommen würde. Worin liegt aber hier das dem Grundgedanken der Gesetzesbestimmung entsprechende Moment, die Missachtung der Staatsgewalt? Man wird hiemit zu dem Ergebnisse gelangen müssen, dass die Oeffentlichkeit auch hinsichtlich der Hoheitszeichen zu fordern ist. In der Tat nimmt diese Ansicht auch in der Wissenschaft wie in der Praxis die herrschende Stellung ein.

Wie bereits in Kürze erwähnt, stehen die beiden Begriffe »Zeichen der Autorität« und »Hoheitszeichen« in engstem Zusammenhange. Manche Schriftsteller erklären sogar beide Begriffe für gleichbedeutend [1]), indem unter beiden jene bildlichen oder schriftlichen Darstellungen zu verstehen seien, welche die Ausdehnung oder die Handhabung der Staatsgewalt oder

[2]) cf. v. Liszt S. 574. Rüdorff: Kommentar § 135 u. Oppenhoff: Kommentar § 135.

ein Organ derselben äusserlich erkennbar machen. Besondere Gründe für eine derartige Idendifizierung sind aber nicht gegeben. Gegen diese Auffassung spricht die Nebeneinanderstellung beider Begriffe im Gesetze. Allerdings sucht Rüdorff diesem Einwand die Spitze dadurch zu brechen, dass er die Vermutung aufstellt, die Aufnahme beider im Grunde gleichbedeutender Ausdrücke in das Strafgesetzbuch sei nur erfolgt, weil das unklare Fremdwort »Autorität« nicht als ausreichend erschienen sei. Aber dies ist eben nur eine Vermutung, für welche zwingende Gründe nicht vorliegen.

Ohne Zweifel wird man versuchen müssen, beide Begriffe von einander zu trennen. Allein ein solcher Versuch stösst auf wesentliche Schwierigkeiten. Binding[1]) bezeichnet den »Versuch einer sauberen Grenzscheidung zwischen diesen beiden Gruppen der unsauberen Fassung des Gesetzes gegenüber« sogar vollständig aussichtslos. Hälschner[2]) geht bei dem Versuche einer Scheidung auf die Entstehungsgeschichte des § 135 zurück. § 135 R.St.G.B. entspricht dem § 93 des Preussischen Strafgesetzbuches, der jedoch nur von Zeichen der königlichen Autorität sprach, entsprechend der staatsrechtlichen Form Preussens. Da nun im deutschen Reiche nicht ausschliesslich die monarchische Staatsform, sondern auch die republikanische, wie bei den drei Hansastädten vertreten sei, so habe der Gesetzgeber neben den Zeichen der Autorität, welche der Monarchie wesentlich sei, auch noch die Hoheitszeichen in den Tatbestand des § 135

[1]) Binding: Lehrb. d. g. d. Strafrechts Bd. II Abt. II S. 503.
[2]) Hälschner Bd. II S. 843.

R.Str.G.B. aufgenommen, um auch die republikanische Staatsform zu berücksichtigen. Hälschner folgert somit aus der Entstehungsgeschichte des § 135, dass sich die Zeichen der Autorität auf die monarchische, die Hoheitszeichen dagegen auf die republikanische Staatsform beziehen. So zutreffend diese Folgerung auf den ersten Blick erscheint, so scheitert sie doch an der Erwägung, dass Autorität nicht nur der Monarchie, sondern auch der Republik zukommt und nur bei beiden die Träger der Autorität verschieden sind, indem sie bei der ersteren dem Herrscher, bei der letzteren der Gesamtheit der Staatsangehörigen zusteht.

Am richtigsten dürfte es sein, bei einem Versuche der Scheidung zwischen Autoritäts- und Hoheitszeichen von den Begriffen Autorität und Hoheit auszugehen[1]). Die erstere bezeichnet ein Recht, die letztere eine Stellung. Da Autorität das Recht ist, die Staatsgewalt gegen die Untertanen auszuüben, so sind Zeichen der Autorität alle jene Zeichen, welche dieses Recht versinnbildlichen, zum Ausdrucke bringen, Hoheitszeichen hiegegen mit Rücksicht darauf, dass Hoheit eine Stellung bezeichnet, jene Zeichen, welche die Stellung des Staates, insbesondere gegenüber fremden Staaten, kundtun.

Soviel mag über die Begriffe »Zeichen der Autorität« und »Hoheitszeichen« genügen, zumal eine Scheidung beider keine oder nur sehr wenig praktische Bedeutung hat.

Dagegen erübrigt noch die Feststellung, wann

---

[1]) cf. Meves in v. Holtzendorffs Handbuch d. deutschen Strafrechts Bd. IV S. 304.

solche Zeichen als öffentliche zu erachten sind. Auch hierüber sind die Ansichten geteilt. Ohne Zweifel muss es als erstes Erfordernis angesehen werden, dass die fraglichen Zeichen obrigkeitlicher Anordnung ihre Aufstellung oder Anbringung verdanken, also im Namen der Staatsgewalt, welche sie markieren, aufgestellt oder angebracht sind[1]). Diese Voraussetzung findet in der Wissenschaft und Praxis allgemeine Anerkennung. Während aber von der einen Seite die Oeffentlichkeit hiemit bereits als vorliegend angesehen wird, wird von der anderen Seite noch eine zweite Voraussetzung aufgestellt, deren Erfüllung zu der der ersten hinzutreten müsse, um ein Zeichen jener Art zum öffentlichen zu stempeln: Die allgemeine Wahrnehmbarkeit, die Sichtbarkeit des Zeichens für das Publikum[2]).

Allein diese Wahrnehmbarkeit wird hier nicht als Essentiale des Begriffes der Oeffentlichkeit angesehen werden dürfen. Wer zur Erfüllung des Tatbestandes der §§ 103a, 135 R.Str.G.B. die allgemeine Sichtbarkeit jener Zeichen verlangt, muss dieses Erfordernis eher aus dem Zwecke der Autoritäts- und Hoheitszeichen ableiten. Denn sie bezwecken in erster Linie, die Staatsgewalt, sowie die Stellung des Staates gegenüber der Allgemeinheit zum Ausdrucke zu bringen. Allein die Berechtigung dieser Voraussetzung der Anwendbarkeit der bezeichneten Bestimmungen muss überhaupt verneint werden. Die Forderung dieser Voraussetzung läuft dem Grundgedanken der in Frage

[1]) Olshausen: Kommentar z. Str.-G.-B. § 103a § 135, ebenso Oppenhoff Kommentar z. St.G.B. § 103a § 135.

[2]) Lutz: Der Begriff der Oeffentlichkeit etc. S. 21. Oppenhoff § 135 Anm. 2.

stehenden Gesetzesvorschriften zuwider und bedeutet eine unberechtigte, unmotivierte Einengung ihrer Anwendbarkeit.

Daher wird man mit Frank[1]) die Ansicht zu teilen haben, dass die Oeffentlichkeit der Autoritäts- und Hoheitszeichen lediglich darin besteht, dass jene Zeichen auf obrigkeitliche Anordnung hin ihre Aufstellung oder Anbringung gefunden haben.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es von keinerlei Bedeutung sein kann, in wessen Eigentum jene die staatliche Gewalt oder Stellung kennzeichnenden Symbole sich befinden; sie können im Eigentum des Staates, aber auch im Eigentume privater Personen stehen; Voraussetzung ihrer Oeffentlichkeit ist immer nur, dass sie auf obrigkeitlicher Anordnung beruhen. Eine obrigkeitliche Anordnung liegt aber dann vor, wenn die Anordnung von den Organen des Staates oder der ihm untergeordneten öffentlich-rechtlichen Verbände innerhalb ihrer Zuständigkeit ausgegangen ist. Eben wegen des Erfordernisses der obrigkeitlichen Anordnung können jene Zeichen die Privatzwecken dienen, z. B. die einzelnen Stücke einer Staatswappensammlung für Liebhaberzwecke oder die Reichsflagge, die ein Privatmann auf seinem Besitztum aus Patriotismus anbringt, nicht den Schutz aus § 103a und § 135 R.Str.G.B. beanspruchen. Aus dem gleichen Grunde gehört auch die auf einer höheren Erlaubnis beruhende Bezeichnung eines privaten Geschäftslokals mit dem landesherrlichen Wappen, wie dies z. B. bei den Hoflieferanten der Fall ist, nicht hierher.

---

[1]) Frank § 103 a.

§ 24.

Oeffentliche Urkunde.

§§ 267. 268. 271. 348 R.Str.G.B.

Wie in so vielen Fällen, so hat es auch bezüglich des Begriffes »Urkunde« der Gesetzgeber unterlassen, eine Definition zu geben, sei es, dass er den Begriff »Urkunde« als feststehend voraussetzte, sei es, dass er sich zu einer Auslegung dieses Begriffes nicht berufen fühlte. So ist der Wissenschaft die Aufgabe verblieben, diesen Begriff klar zu stellen Aber auch sie hat es bisher nicht vermocht, ihrer Aufgabe in einheitlicher Weise gerecht zu werden.

Der Urkundenbegriff ist ein derart heiss umstrittener Begriff, dass ein Versuch, auf die verschiedenen Ansichten einzugehen und zu ihnen Stellung zu nehmen, weit über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen würde. Daher mag er hier nur in Kürze berücksichtigt werden.

Urkunde im weitesten Sinne bedeutet jedes einen Gedanken körperlich darstellende Zeichen[1]). Die allgemeine Urkundenlehre, als Hilfswissenschaft der Geschichte, definiert die Urkunde als schriftliche, unter Beobachtung bestimmter, wenn auch nach der Verschiedenheit von Person, Ort, Zeit und Sache wechselnder Formen aufgezeichnete Erklärungen über Gegenstände rechtlicher Natur[2]).

In einigen Punkten enger, in anderen weiter, hat die Strafrechtswissenschaft den Urkundenbegriff zu fassen. Als Urkunde im strafrechtlichen Sinne hat

[1]) Heilfron: Deutsche Rechtsgeschichte S. 336 (6. Auflage).

[2]) Meyers Konversationslexikon Bd. XVII S. 127 (5. Auflage)

jeder Gegenstand zu gelten, der die Bestimmung in sich trägt, durch seinen gedanklichen Inhalt, nicht also bereits durch sein Dasein, eine rechtserhebliche Tatsache zu beweisen. Allerdings hat diese Definition neben einer Reihe von Anhängern auch eine stattliche Zahl namhafter Gegner gefunden. Da die bezeichnete Auslegung jedoch in der Praxis zweifellos zu brauchbaren, den Bedürfnissen des Lebens gerecht werdenden Resultaten führt — und solche Ergebnisse zu ermöglichen ist der Endzweck aller Wissenschaft — so kann ihr in vollem Masse beigepflichtet werden.

Neben der Scheidung in inländische und ausländische Urkunden macht das Strafgesetz noch eine wesentlich tiefergreifendere Scheidung, die in öffentliche und private Urkunden. Von öffentlichen Urkunden spricht das Gesetz in den §§ 267, 268, 271, 348. Darüber worin die Oeffentlichkeit einer Urkunde besteht, schweigt das Strafgesetz. Lediglich die Motive[1]) zum Entwurfe eines Strafgesetzbuches geben einen geringen Anhaltspunkt, indem sie auf die Gegenüberstellung von öffentlichen Urkunden und Privaturkunden verweisen und erklären, dass die Oeffentlichkeit einer Urkunde nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen sei. Massgebend für die Charakterisierung einer Urkunde als einer öffentlichen oder privaten ist nun nicht das Rechtsverhältnis, über das sie Auskunft gibt, sodass eine öffentliche Urkunde öffentlich-rechtliche Verhältnisse, eine Privaturkunde dagegen Rechtsverhältnisse der Einzelindividuen unter einander bezeugt, sondern das entscheidende Moment ist die Person des Ausstellers der Urkunde. Ein

[1]) Motive, Aktenstücke zum Entwurfe eines Strafgesetzbuchs No. 5 S. 131.

Rückblick auf die Entwickelung des Begriffes der öffentlichen Urkunde erbringt den Beweis hiefür. Ursprünglich tragen nur die vom Träger der Staatsgewalt ausgestellten Urkunden den Charakter der Oeffentlichkeit an sich. So gab es im fränkischen Reiche nur eine Art öffentlicher Urkunden, die Königsurkunde, die zum Aussteller den Frankenkönig hatte. Im späteren Mittelalter, mit dem Erstarken der Territorialgewalten, der Gewalten der Fürsten und Städte traten die Urkunden der Landesherrn, der Fürsten und Städte der Königsurkunde zur Seite und in der Folgezeit dehnte sich die Oeffentlichkeit aus auf die Urkunden all jener Personen, die berufen waren, das Staatsoberhaupt in der Ausübung der Staatsgewalt zu unterstützen, soferne die Urkunde aus Anlass dieser Tätigkeit ausgestellt wurde. Stillschweigend wurden diese Urkunden als öffentliche betrachtet. Eine ausdrückliche Bestimmung darüber bestand nicht. Auch zur Zeit des Inkrafttretens des Reichsstrafgesetzbuchs fehlte eine solche, sodass der Begriff der öffentlichen Urkunde lediglich auf tatsächlicher Uebung und stillschweigender Anerkennung beruhte.

Erst die Civilprozessordnung für das deutsche Reich vom Jahre 1879 brachte in § 415 (§ 380 älterer Fassung) eine Definition des Begriffes. Darnach sind öffentliche Urkunden jene Urkunden, die von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind.

Allerdings gilt diese Definition zunächst nur für das Gebiet des Civilprozessrechts. Für das Gebiet

des Strafrechts kann sie an und für sich keine Geltung beanspruchen, einerseits nicht, weil eine für ein bestimmtes Gesetz gegebene Definition, wie zahlreiche Fälle beweisen, nicht mit Notwendigkeit auch auf andere Gesetze auszudehnen ist, andererseits aus dem Grunde der späteren Entstehung dieser Definition.

Aber gleichwohl steht die Wissenschaft und Praxis auf dem Standpunkte, dass die für die Civilprozessordnung gegebene gesetzliche Auslegung auch auf das strafrechtliche Gebiet zu übertragen ist, da sie mit der für das Strafrecht bisher geübten Auslegung des Begriffes der öffentlichen Urkunde in allen wesentlichen Punkten übereinstimmt.

Dreierlei gehört mithin zum Begriffe der öffentlichen Urkunde:

1) die Ausstellung, resp. Aufnahme durch eine öffentliche Behörde oder eine mit öffentlichem Glauben versehene Person,
2) Zuständigkeit des Ausstellers,
3) Einhaltung der vorgeschriebenen Form.

ad 1. Behörde ist jede selbstständige mit öffentlichen Funktionen betraute Amtsstelle, die vermöge ihrer Organisation von dem einzelnen physischen Inhaber unabhängig ist, mag sie mit einem oder mehreren Beamten besetzt sein. Sie ist der ideelle dauernde Träger staatlicher Rechte und Pflichten, überhaupt öffentlich-rechtlicher Funktionen [1]), und steht in engem Zusammenhange mit dem Begriffe des öffentlichen Beamten. Wer jene öffentlichen Funktionen der Behörde, sei es dass es sich um Wahrnehmung

[1]) R.G.E. XVIII S. 250. VIII S. 5. Gaupp-Stein Kommentar z. C.P.O. § 415.

von Rechten, sei es dass es sich um Erfüllung von Pflichten handelt, auszuüben hat, ist öffentlicher Beamter. So obliegt z. B. den Gerichten die staatliche Pflicht der Gewährung des Rechtsschutzes. Die Gerichte sind die Behörden, erfüllt wird deren Pflicht durch die Tätigkeit des Richters, er ist öffentlicher Beamter. Das Recht und die Pflicht zur Erhebung der öffenlichen Klage steht nach § 152 Str.P.O. der Staatsanwaltschaft als Behörde zu. Ausgeübt aber wird dieses Recht, erfüllt wird diese Pflicht nicht durch die Staatsanwaltschaft als solche, sondern durch den Staatsanwalt als öffentlichen Beamten.

Als »öffentliche« Behörde, von der eine Urkunde ausgestellt sein muss, um zur öffentlichen zu werden, sind wie der Zusammenhang des § 415 mit dem § 417 C.P.O. ergibt, nur solche amtliche Stellen zu erachten, die befugt sind amtliche Anordnungen, Verfügungen und Entscheidungen zu treffen, ohne dass es erforderlich wäre, dass ihr Beruf auch gerade in der öffentlichen Beurkundung von Erklärungen besteht [1]). Da die Behörde nichts reales, sondern nur etwas ideelles ist, kann sie selbst natürlich keine Urkunden ausstellen, sondern es bedarf hiezu stets der Tätigkeit der die Behörde verkörpernden Organe. Die von diesen Organen aufgenommenen oder ausgestellten Urkunden sind aber dann als von der Behörde selbst, d. h. in ihrem Namen aufgenommen, ausgestellt anzusehen. Die Frage, welche Behörden nach dem Gesagten im einzelnen öffentlich sind, beantwortet sich nach dem Reichs- und Landesrechte. Massgebend ist das Recht des Staates, dem die in Betracht

[1]) R. G. E. Bd. XIX. S. 353.

kommende Behörde angehört[1]). Vor allem gehören zu den öffentlichen Behörden die Reichsbehörden, (Ein ausführliches Verzeichnis derselben enthält das Reichsgesetzblatt 1899 S. 731) sowie die unmittelbaren Staatsbehörden der Einzelstaaten. Aber auch die Behörden der kommunalen Verbände, der Gemeinden, der Kreise, der Provinzen gehören hierher. Selbst die für die Verwaltung von Kirchengemeinden und Stiftungen eingesetzten Behörden können nach Landesrecht unter die Kategorie der öffentlichen Behörden fallen. Allgemein gültige Kennzeichen für die Eigenschaft als öffentliche Behörde lassen sich nicht festsetzen. Namentlich ist die Führung eines Dienst- oder Amtssiegels kein der öffentlichen Behörde wesentliches Merkmal.

Neben der öffentlichen Behörde erwähnt das Gesetz der mit öffentlichem Glauben versehenen Personen. Darunter können im Gegensatze zur Behörde nur individuell bestimmte Personen verstanden werden, denen für einen in örtlicher und sachlicher Beziehung[2]) umschriebeneu Kreis gerade die Befugnis verliehen ist, Erklärungen oder Tatsachen mit voller Beweiskraft zu bezeugen, deren Beurkundungen kraft positiver Gesetzesbestimmung öffentlicher Glaube beigelegt ist[3]). Diese positive Norm kann bald dem Reichsrechte, bald dem Landesrechte angehören. Die Befugnis zur Ausstellung solcher mit öffentlichem Glauben ver-

---

[1]) A. M. Gaupp-Stein: Kommentar z. C.P.O., welcher den Ort der Errichtung der Urkunde als massgebend ansieht.

[2]) Seuffert Kommentar z. C.P.O. z. § 415. A. M. Gaupp-Stein a. a. O. der die örtliche Zuständigkeit bezüglich der Oeffentlichkeit der Urkunde als irrelevant bezeichnet.

[3]) R.G.R. Bd. X S. 589.

versehenen Beurkundungen braucht keineswegs eine allgemeine, d. h. eine sich auf alle Arten von Urkunden erstreckende zu sein, vielmehr kann sie auch auf gewisse Arten von Beurkundungen beschränkt sein. Das Letztere ist z. B. der Fall bei den Gerichtsschreibern, Gerichtsdienern, Gerichtsvollziehern hinsichtlich der ihnen nach den Prozessgesetzen zustehenden Beurkundungen oder, bei den Postboten nach § 47 des Reichspostgesetzes vom 28. Oktober 1871.

ad 2. Als zweites Essentiale des Begriffes der öffentlichen Urkunde kommt die Zuständigkeit des Ausstellers in Betracht. Auch sie hat ihren Grund bald in reichs- bald in landesrechtlichen Vorschriften. Die Oeffentlichkeit einer Urkunde ist mithin dann nicht gegeben, wenn die Urkunde von einer nicht zuständigen öffentlichen Behörde, d. h. unter Ueberschreitung der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse aufgenommen ist, oder wenn sie ihre Entstehung einer über den Rahmen des ihr zugewiesenen Geschäftskreises hinausgehenden Tätigkeit einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person verdankt. Sie mangelt aber auch dann, wenn die Urkunde zwar im Namen einer zuständigen öffentlichen Behörde aufgenommen ist, der im konkreten Falle tätige Beamte aber nicht der zuständige war. Ist die in Frage kommende Behörde oder Urkundsperson nur für einen Teil des Inhalts der Urkunde zuständig, so ist der Urkunde noch keineswegs der Charakter der Oeffentlichkeit aus diesem Grunde vollständig abzusprechen. Vielmehr tritt hier eine Spaltung ein, indem die Urkunde bezüglich desjenigen Teils, für welchen die Zuständig-

[1]) R.G.E. Bd. IV. S. 69.

keit des Ausstellers vorlag, als öffentliche zu erachten ist, bezüglich des anderen Teiles dagegen die Urkunde der Oeffentlichkeit entbehrt. Eine Urkunde trägt grundsätzlich den Charakter der Oeffentlichkeit auch dann nicht an sich, wenn der Name des als Aussteller bezeichneten Beamten nicht von diesem selbst, sondern, sei es auch mit seiner Erlaubnis, von einem Dritten geschrieben ist. Denn das öffentliche Recht kennt eine Stellvertretung in dem Umfange, wie sie das Zivilrecht zulässt, nicht. Es steht dem Beamten nicht frei, seine Befugnisse willkürlich auf andere Personen zu übertragen. Erteilt er dennoch einer anderen Person die sei es auch ausdrückliche Ermächtigung eine Urkunde mit seinem, — des Beamten — Namen zu unterzeichnen, so wird doch durch diese Stellvertretung die Zuständigkeit des Beamten nicht auf die ermächtigte Person übertragen, — auch nicht für den einzelnen Fall — und eine derart ausgestellte Urkunde kann keinesfalls eine öffentliche sein.

Die Zuständigkeit der die Urkunde aufnehmenden Person ist von Fall zu Fall einer strengen Prüfung zu unterziehen. Und zwar muss sie in sachlicher wie örtlicher Beziehung gegeben sein[1]).

ad 3. Die dritte Voraussetzung für die Oeffentlichkeit einer Urkunde bildet die Wahrung der vorgeschriebenen Form. Der Begriff der öffentlichen Urkunde erfordert mit Notwendigkeit die Beobachtung der hiefür vorgeschriebenen Form, durch welche die Beurkundung als von einer mit öffentlicher Autorität versehenen Stelle ausgehend, kenntlich gemacht wird.

---

[1]) Seuffert: Kommentar z. C.P.O. § 415. A. M. Gaupp-Stein: Kommentar z. C.P.O. § 415.

Je nach den Umständen kann es dabei weder auf die Unterschrift, noch auf das Siegel, noch auf einen sonstigen ausdrücklichen Beglaubigungsvermerk des Ausstellers der Urkunde ankommen, sodass die Formen einen mehr oder minder willkürlichen Charakter annehmen können[1]). Wie die Oeffentlichkeit einer Behörde, sowie deren Zuständigkeit je nach Lage des Falles sich nach Reichs- oder Landesrecht beurteilt, so beruht auch die Form einer Urkunde bald auf reichsrechtlichen, bald auf landesrechtlichen Vorschriften. Diese Vorschriften brauchen aber keineswegs Gesetzescharakter zu tragen, vielmehr können sie auch in allgemeinen Dienstesbestimmungen, welche nicht im Wege der Gesetzgebung ergangen sind, enthalten sein[2]).

Ist für eine Urkunde auf dem eben bezeichneten Wege eine Form vorgeschrieben, so ist sie grundsätzlich einzuhalten, soferne die Urkunde den Charakter der Oeffentlichkeit tragen soll. Aber in der Handhabung dieser Bestimmung darf nicht zu weit gegangen werden. Denn es kann nicht im Sinne des Gesetzes gelegen sein, einer Urkunde wegen des geringsten Formenmangels die Oeffentlichkeit abzusprechen. Die Entscheidung über das Vorliegen oder Fehlen der Oeffentlichkeit ist vielmehr davon abhängig zu machen, ob der fragliche Mangel ein wesentliches Formerfordernis oder nur ein nebensächliches betrifft. Nur dann, wenn der Mangel ein wesentliches Formerfordernis betrifft, entbehrt auch die Urkunde der Oeffentlichkeit[3]). Welches die wesentlichen Formen einer

[1]) R. G. E. Bd. XIV. S. 178.
[2]) R. G. E. Bd. XXX, S. 119.
[3]) R. G. E. Bd. X, 35; XII 331; XXIV 281.

Urkunde sind, ist eine Frage, auf die sich eine allgemeine Antwort nicht geben lässt, die nur nach dem konkreten, einzelnen Falle beantwortet werden kann[1]), da die Formen von Fall zu Fall wechseln, verschieden sein können. Aber selbst bei Vorliegen eines wesentlichen Formmangels, kann, wenn dieser sich nur auf einen Teil des Inhalts der Urkunde bezieht, die Urkunde im übrigen die Eigenschaft einer öffentlichen tragen[2]). Fehlt es an besonderen Formvorschriften, so muss doch immer die Wahrung der für die in concreto in Frage stehenden Urkundenart üblichen Form für notwendig erachtet werden[3]). Von den Vorschriften über die Form einer Urkunde sind streng zu scheiden die Vorschriften über den Inhalt einer Urkunde. Eine Verletzung dieser letzteren Vorschriften begründet den Mangel der Oeffentlichkeit der Urkunde nicht[4]).

Diese unter No. 1—3 ausgeführten Voraussetzungen für die Oeffentlichkeit einer Urkunde sind, wie bereits erwähnt in der Civilprozessordnung für das deutsche Reich gesetzlich festgelegt. Die Nichterfüllung einer jener Voraussetzungen entkleidet auch die Urkunde des Oeffentlichkeitscharakters.

Aber noch ein viertes Moment ist dem Begriffe der öffentlichen Urkunde wesentlich: Die Bestimmung der Urkunde für den Verkehr nach aussen[5]). Wenngleich diese Voraussetzung nicht ausdrücklich im Gesetze ausgesprochen ist, so ergibt doch der innere

---

[1]) Frank § 267 Anm. IV 1. c. Olshausen II § 267 Anm. 7.

[2]) R.G.E. Bd. XII, S. 331.

[3]) Olshausen II § 267 Anm. 7. R.G.E. Bd. XXV, S. 69.

[4]) Seuffert Kommentar z. C.P.O. § 415. R.G.R. Bd. V S. 56.

[5]) Frank § 267 Anm. IV. 1. d.

Grund des Strafschutzes der öffentlichen Urkunde dieselbe mit Notwendigkeit. Eine Urkunde muss somit, um öffentlich genannt werden zu können, die Bestimmung in sich tragen, über die von ihr berichteten Tatsachen für und wider Dritte authentischen Beweis zu liefern, jenen Tatsachen öffentlichen Glauben zu sichern. Dabei nimmt die Statthaftigkeit etwaigen Gegenbeweises der Urkunde den Charakter der Oeffentlichkeit nicht [1]). Wegen Mangels der eben bezeichneten Voraussetzung ist Anzeigen und Mitteilungen der Behörden unter einander, die sich zwar als Urkunden darstellen, die Eigenschaft von öffentlichen Urkunden abzusprechen, ebenso wie den amtlichen nur zur Kontrolle, Ordnung oder Erleichterung des inneren Dienstes bestimmten Schriftstücken [2]).

Aus dem bisher Gesagten erhellt, dass die in § 415 C.P.O. gegebene Begriffsbestimmung der öffentlichen Urkunde, wenn gleich ihre einzelnen Teile grundsätzlich auch für das Strafrecht als zutreffend anzuerkennen sind, doch für dieses Gebiet keine erschöpfende ist.

Auf dem Gebiete des Strafrechts ist vielmehr nur jene Urkunde als öffentlich anzusehen, welche von einer öffentlichen Behörde oder öffentlichen Urkundsperson innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse bezw. des ihr zugewiesenen Geschäftskreises unter Wahrung der vorgeschriebenen Form ausgestellt oder aufgenommen, dazu bestimmt ist dem Verkehre nach aussen zu dienen.

Dabei kommt es, wie schon kurz erwähnt, in

---

[1]) Oppenhoff § 267 Anm. 43.

[2]) Frank § 267 Anm. 41 d. Oppenhoff § 267 Anm. 44a. R.G.E. Bd. I 42, XI 291.

keiner Weise mehr auf den Inhalt[1]) der Urkunde an, insbesondere kann ihr Inhalt einen rein privatrechtlichen Akt betreffen. Ebenso unerheblich ist es, ob die Urkunde in den Händen der ausstellenden Behörde oder Urkundsperson bleibt oder an eine Privatperson hinausgegeben wird. Weniger unerheblich, wenngleich nicht stets absolut erforderlich, ist die ausdrückliche Hervorhebung des Amtscharakters der Person, von welcher die Urkunde ausgegangen ist. Es genügt, wenn derselbe in der Schrift derart erkennbar gemacht ist, dass daraus auf die Befugnis jener Person zur Urkundenaufnahme geschlossen werden kann[2]). Die Beidrückung des Amtssiegels rechtfertigt hiebei nicht mit rechtlicher Notwendigkeit die Annahme des Amtscharakters des Ausstellers[3]).

In einzelnen seien noch folgende Fälle besonders hervorgehoben:

Eine Privaturkunde wird zu einer öffentlichen, wenn ihr Inhalt von einer zuständigen Behörde oder Urkundsperson in vorgeschriebener Form als richtig bescheinigt wird[4]). Dagegen trägt die Abschrift einer öffentlichen Urkunde, solange sie unbeglaubigt ist, den Charakter der Oeffentlichkeit nicht an sich[5]). Sobald sie jedoch von der zuständigen Stelle in vorschriftsmässiger Form beglaubigt wird, wird auch die Abschrift, sei es einer öffentlichen, sei es einer privaten Urkunde zur öffentlichen Urkunde, vorausgesetzt, dass

---

[1]) R.G.E. Bd. X 192, XXXVII 318.

[2]) Oppenhoff: Rechtssprechung des k. Obertribunals in Strafsachen Bd. III 133, XII 294.

[3]) Oppenhoff: Rechtssprechung etc. Bd. VI S. 194.

[4]) Frank: § 267 Anm. IV 1 d.

[5]) Frank a. a. O.

sich die Beglaubigung auf den ganzen Inhalt der Abschrift erstreckt. Mithin hängt die Beantwortung der Frage, wie weit eine bisher private Urkunde durch amtliche Beglaubigung zur öffentlichen wird, davon ab, wie weit die Beglaubigung reicht[1]). Die Grenze wird durch den Inhalt der Beglaubigungsformel gezogen. Erstreckt sich der Beglaubigungsvermerk nur auf die Unterschrift, so erhält nur diese die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde[2]); ist jedoch der Text des Schriftstückes sowie die Unterschrift desselben beglaubigt, so wird auch das ganze Schriftstück mit der Beglaubigung zur öffentlichen Urkunde. Der Beglaubigungsvermerk selbst ist selbstverständlich eine öffentliche Urkunde. Eine Abschrift, deren Uebereinstimmung mit dem Originale von einem zuständigen Beamten in vorschriftsmässiger Form beglaubigt wird, wird hiedurch selbst dann zur öffentlichen Urkunde, wenn jene Uebereinstimmung in Wirklichkeit nicht besteht[3]). Von dem, den bezeichneten Fällen zu Grunde liegenden Gesichtspunkte aus, sind insbesondere auch jene Schriftstücke zu beurteilen, welche sich durch den Vermerk »gez« vor einer Namensunterschrift selbst als blosse Abschriften bezeichnen oder welche vor der Unterschrift das Zeichen »p« tragen, welches den Hinweis enthält, dass die Unterschrift nicht von dem zuständigen Beamten oder dessen berufenen Vertreter herrühre, sondern von einem Dritten, der als solcher amtliche Verrichtungen gar nicht ausüben kann[4]). Solange diesen Schriftstücken ein deren Inhalt um-

[1]) Olshausen II § 267 Anm. 7.

[2]) Frank a. a. O.

[3]) Annalen des Reichsgerichts Bd. VII S. 322.

[4]) R.G.E. XXIV 281, XXXVI 129.

fassender Beglaubigungsvermerk fehlt, mangelt ihnen auch die Eigenschaft der öffentlichen Urkunde. Ebensowenig gewinnt ein privates Schriftstück, dadurch, dass es öffentlichen Urkunden einverleibt, oder äusserlich mit solchen verbunden wird, indem es z. B. zu Gerichtsakten eingereicht wird, und so in amtlichen Gewahrsam gelangt, den Charakter einer öffentlichen Urkunde[1]). Was die Frage betrifft, ob eine nicht unterschriebene Urkunde als öffentlich anzusehen ist, so ist davon auszugehen, ob die Unterschrift des Ausstellers einerseits zu den wesentlichen Formen der konkreten, in Frage stehenden Urkunde gehört, und andrerseits die volle Beweiskraft der Urkunde durch die Unterschrift bedingt ist. Ist die Unterschrift im einzelnen Falle weder wesentliches Formerfordernis noch Bedingung der Beweiskraft der Urkunde, so kann ein Mangel derselben die Qualität einer Urkunde als einer öffentlichen nicht beeinflussen.

§ 25.

I.

Oeffentliche Bücher und Register.

§§ 271, 348 R.Str.G.B.

In engster Beziehung zu den öffentlichen Urkunden stehen die öffentlichen Bücher und Register, von welchen das Gesetz in den §§ 271, 348 spricht.

Unter einem Buche sind im allgemeinen mehrere zu einem Ganzen verbundene Blätter oder Bogen Papier, gleichviel ob sie beschrieben sind oder nicht, zu verstehen. Register sind Verzeichnisse, die sich ebenfalls aus einzelnen Blättern zusammensetzen.

---

[1]) Oppenhoff § 267 Anm. 45a.

Solche Bücher und Register aber tragen den Charakter der Oeffentlichkeit dann an sich, wenn sie für die Allgemeinheit in der Art bestimmt sind, dass sie entweder im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs als Beweismittel für und gegen jedermann dienen oder aus allgemeinen Rücksichten der staatlichen Wohlfahrt, des öffentlichen Wohls, rechtserhebliche Tatsachen authentisch feststellen[1]). Die Oeffentlichkeit eines Buches oder Registers kann somit nur da angenommen werden, wo der Inhalt des Buches oder Registers, die in ihnen enthaltenen rechtserheblichen Erklärungen, Verhandlungen oder Tatsachen, die Bedeutung einer öffentlichen Beurkundung haben. Geht man nun von dem im vorigen Paragraphen dargelegten Begriff der öffentlichen Urkunde aus, so muss erfordert werden, dass der Inhalt des Buches oder Registers durch den dazu berufenen Beamten in der vorgeschriebenen Form zum öffentlichen Glauben beurkundet werde.

Es ergibt sich hieraus, dass jeder einzelne in das Buch oder Register gemachte Eintrag unter den genannten Voraussetzungen selbst eine öffentliche Urkunde darstellt. Wenn aber die einzelnen Teile als öffentliche Urkunden zu betrachzen sind, so charakterisiert sich auch das sie zusammenfassende Ganze als öffentliche Urkunde. Zwar zeigt der Umstand, dass der Gesetzgeber die »öffentlichen Bücher und Register« neben den »öffentlichen« Urkunden hervorhebt, dass er im allgemeinen keineswegs jedes den Charakter der Oeffentlichkeit an sich tragende Buch oder Register als öffentliche Urkunde ansieht. Diese

[1]) R.G.E. Bd. I S. 42.

Nebeneinanderstellung erscheint durchaus begründet, wenn man erwägt, dass das die einzelnen Einträge zusammenfassende Buch oder Register dann nicht mehr als Ganzes eine öffentliche Urkunde bilden kann, sobald auch nur ein einziger Eintrag in dasselbe gemacht ist, dem die Qualität einer öffentlichen Urkunde mangelt. Sei es, dass der fragliche Eintrag nicht in der vorgeschriebenen Form, sei es, dass er von einem unzuständigen Beamten gemacht ist, er raubt dem Buche oder Register als Ganzem die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde. Hätte aber der Gesetzgeber die öffentlichen Bücher und Register nicht besonders hervorgehoben, sondern sie schlechthin in dem Ausdrucke »öffentliche Urkunden« mit inbegriffen, so könnte an all jenen öffentlichen Büchern und Registern, in welche ein derartiger unvorschriftsmässiger Eintrag einmal gemacht ist, solange eine nach § 271, § 348 in Frage kommende Handlung nicht begangen werden, als der fragliche unvorschriftsmässige Eintrag besteht. Hieraus rechtfertigt sich die Ausdrucksweise des Gesetzes »öffentliche Bücher und Register.« Denn die Oeffentlichkeit des Buches oder Registers bleibt bestehen trotz eines verfehlten Eintrages, nur der Urkundenqualität entbehrt dasselbe als Ganzes.

Nach dem Gesagten sind als nicht öffentlich vor allem jene Bücher und Register anzusehen, welche nur um des inneren Dienstes der Behörde willen sei es zur Aufrechterhaltung der Ordnung, sei es zur Kontrolle geführt werden und deshalb nicht bestimmt sind authentische Beweisskraft in sich zu tragen. Welche Bücher und Register im einzelnen die Voraus-

setzungen der Oeffentlichkeit erfüllen, bestimmt sich bald nach Reichs- bald nach Landesrecht.

Auf Grund der Reichsgesetzgebung sind beispielsweise als öffentlich anzusehen: Das Vereinsregister (§ 21 B.G.B.) in welches vom zuständigen Amtsgerichte die sog. Vereine mit idealen Tendenzen zwecks Erlangung der Rechtsfähigkeit einzutragen sind; das auf dem B.G.B. beruhende Güterrechtsregister; die auf Grund des Reichsgesetzes über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschliessung zu führenden Geburtsregister, Heiratsregister und Sterberegister, das Schiffsregister (§ 120 Binnenschiffahrtsgesetz); das Genossenschaftsregister (§ 10 Genossenschaftsgesetz); das Grundbuch (§ 1 G.B.O.) und andere mehr.

Soweit die Reichsgesetzgebung innerhalb ihrer Konpetenz keine Regelung getroffen hat, ist dieselbe der Landesgesetzgebung überlassen, so dass z. B. für die Frage, ob die von den Gefängniswärtern zu führenden Strafgefangenverzeichnisse öffentliche Register sind, das Landesrecht entscheidend ist. Für Bayern ist die Oeffentlichkeit dieser Strafgefangenenverzeichnisse vom Reichsgerichte[1]) bejaht, für andere Staaten kann sie zu verneinen sein, je nachdem das Landesrecht diese Einrichtung verschieden geregelt hat.

II.

Oeffentliche Papiere, Beglaubigungen und Bescheinigungen.

§ 360 Ziffer 4 und 5 R. Str. G. B.

Es erübrigt noch, an dieser Stelle auch der öffent-

[1]) R. G. E. XXII, S. 345.

lichen Papiere, Bescheinigungen und Beglaubigungen zu gedenken.

Was zunächt den Begriff »öffentliche Papiere« betrifft, so kann diesem eine doppelte Auslegung gegeben werden. Man kann hiemit alle jene Schriftstücke bezeichnen, welche von einer öffentlichen Behörde oder Urkundsperson unter Wahrung der Grenzen ihrer Zuständigkeit und der vorgeschriebenen Form herrühren, ohne dass ihnen speziell die der öffentlichen Urkunde wesentliche Bestimmung für den Verkehr nach aussen eigen sein muss. Von diesem Standpunkte aus wären alle öffentlichen Urkunden, öffentlichen Bücher und Register zugleich auch öffentliche Papiere. Allein eine derart weitgehende Interpretation entspricht dem Sinne des Gesetzes nicht. Vielmehr wird es dem Willen des Gesetzgebers mehr entsprechen, wenn man unter öffentlichen Papieren nur solche versteht, denen eine öffentlich-rechtliche Beziehung derart anhaftet, dass sie entweder bestimmt sind im Dienste und Interesse des Staates oder öffentlich-rechtlicher Verbände Verwendung zu finden, oder dass sie nur unter staatlicher Ermächtigung oder Aufsicht ihre im Verkehr rechtserhebliche Bedeutung erlangen. Diese Annahme erfährt ihre Rechtfertigung dadurch, dass das Gesetz in § 360 Ziffer 4 unter Verweisung auf § 149 R.St.G.B. von auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibungen, Banknoten, Aktien, deren Surrogaten und Begleitpapieren, welche vom Reiche, einem Bundesstaate oder fremdem Staate oder von einer zur Ausgabe solcher Papiere berechtigten Gemeinde, Korporation, Gesellschaft oder Privatperson ausgestellt sind, sowie von Stempelpapier, Stempelmarken etc. spricht. In Ziffer 5 des genannten

Paragraphen bedient es sich sodann des Ausdrucks »die daselbst d. h. in Ziffer 4, bezeichneten öffentlichen Papiere.« Da nach § 795 B.G.B. die erstgenannten Papiere zu ihrer Wirksamkeit staatlicher Genehmigung bedürfen, desgleichen die Ausgabe von Banknoten auf staatlicher Ermächtigung beruht, die Aktien ferner ihre Bedeutung für den Rechtsverkehr erst durch die gerichtliche Eintragung der Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien in das Gesellschaftsregister erhalten und mit den Ausdrücken »Stempelpapieren« und »Stempelmarken« etc., wie deren Gleichstellung mit den Postwertzeichen ergibt, nur die im öffentlich-rechtlichen Dienste verwendeten, getroffen werden sollen, so erhellt hieraus die Richtigkeit der gegebenen Umgrenzung der öffentlichen Papiere im Sinne des § 360 Ziffer 5.

Zwischen Beglaubigung und Bescheinigung ist ein Unterschied nicht zu machen. Der Gesetzgeber hat beide Ausdrücke nur deshalb in das Strafgesetzbuch aufgenommen, um der Ausdrucksweise der Landesgesetzgebungen gerecht zu werden, die bald den einen, bald den anderen zur Bezeichnung des gleichen Vorgangs gebrauchen[1]). Oeffentlich ist die Beglaubigung resp. Bescheinigung dann, wenn sie durch eine öffentliche Behörde oder Urkundsperson erfolgt. Jedoch ist auch hier Voraussetzung, dass die amtliche Tätigkeit in der etwa vorgeschriebenen Form und unter Wahrung der Grenzen sachlicher und örtlicher Zuständigkeit sich abwickelt. Bezüglich dieser einzelnen Voraussetzungen sei auf das in § 24 Ausgeführte verwiesen. Die öffentliche Beglaubigung kann sich bald

[1]) Lutz, der Begriff der Oeffentlichkeit etc. S. 24.

auf das ganze Schriftstück, bald nur auf dessen Unterschrift erstrecken. Sie geschieht durch einen unter das Schriftstück zu setzenden Vermerk der öffentlichen Behörde oder Urkundsperson. Im Uebrigen kann die Form eine verschiedene sein. Ueber die die Oeffentlichkeit begründende Wirkung der öffentlichen Beglaubigung wurde bereits in § 24 gesprochen.

§ 26.

Anhang.

Lediglich der Vollständigkeit halber sei hier noch der in § 184b R.Str.G.B. berührten Oeffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen gedacht. Sie gehört eigentlich nicht mehr in das Gebiet des materiellen Strafrechts und damit nicht mehr in den Rahmen dieser Arbeit. Gleichwohl kann sie aber hier nicht vollständig übergangen werden, da das Strafgesetzbuch an einer Stelle ihrer erwähnt.

Titel 14 des Gerichtsverfassungsgesetzes regelt neben der Sitzungspolizei auch die Oeffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen. Durch § 170 des genannten Gesetzes wird für den Strafprozess der Grundsatz der Oeffentlichkeit zur Geltung gebracht: »Die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte, einschliesslich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse desselben erfolgt öffentlich.«

Die Oeffentlichkeit der Gerichtsverhandlung bedeutet aber die Möglichkeit des freien Zutritts zu den Verhandlungen für das Publikum und der allgemeinen Wahrnehmung der sich vor Gericht abspielenden Vorgänge. Mithin sind die Gerichtsverhandlungen dann öffentlich, wenn unbestimmt welchen und wie vielen Personen der Zutritt zu den Verhandlungen frei-

gegeben ist und auf diese Weise die allgemeine Wahrnehmungsmöglichkeit hinsichtlich der richterlichen, staatsanwaltschaftlichen und der Verteidiger-Tätigkeit erschlossen wird. Der Umstand, dass nach § 176 G.V.G. gewisse Personen von den Verhandlungen ausgeschlossen werden können, hebt den Grundsatz der Oeffentlichkeit nicht auf. Ebensowenig wird die Oeffentlichkeit dadurch ausgeschlossen, dass häufig infolge des räumlichen Mangels nur eine kleinere Personenzahl den Gerichtsverhandlungen tatsächlich wird beiwohnen können. Denn naturgemäss muss der Oeffentlichkeit hier irgend eine objektive Begrenzung anhaften. Daher steht es der Oeffentlichkeit nicht entgegen, dass gegen eine Ueberfüllung der Sitzungssäle Vorkehrungen getroffen werden, etwa durch Zurückweisung neuer Ankömmlinge, nachdem der Sitzungssaal bereits gefüllt ist, oder durch Zulassung nur gegen Vorweisung von Eintrittskarten, wenn ein besonders starker Andrang des Publikums zu erwarten steht. Die Ausgabe der Karten muss aber dann in der Weise erfolgen, dass, solange ihre Zahl nicht erschöpft ist, dieselben grundsätzlich an jedermann ausgehändigt werden.

§ 27.

Schluss.

Ein Rückblick auf die verschiedenartigsten Bedeutungen des Oeffentlichkeitsbegriffes, wie sie im Vorstehenden dargelegt wurden, lässt die eingangs aufgestellte Behauptung, dass es einen Mangel des Gesetzes bedeuten würde, hätte es der Gesetzgeber unternommen, den Begriff der Oeffentlichkeit festzulegen, gerechtfertigt erscheinen. Wohl mag es be-

rechtigt sein, für manche mit dem Attribute der Oeffentlichkeit versehene Begriffe eine Legaldefinition zu geben, wie dies z. B. hinsichtlich der öffentlichen Urkunden in der Civilprozessordnung oder der öffentlicher Gewässer im bayerischen Wassergesetze von 1907 (§ 1 W.G.) geschehen ist, aber eine für alle Fälle passende einheitliche Definition des Oeffentlichkeitsbegriffes würde über die Grenzen weiser Gesetzgebungskunst hinausgehen und an Stelle der erstrebten Einheitlichkeit eine Verwirrung der Rechtssprechung mit sich bringen. Daher muss es Aufgabe der Wissenschaft bleiben, den Oeffentlichkeitsbegriff für die einzelnen Fälle zu läutern und so zu gestalten, dass seine Anwendung zu Ergebnissen führt, die einerseits dem Gesetze, andererseits dem rechtlichen Empfinden des Volkes genügen.